

# **Bürgerliches Gesetzbuch**

## **Allgemeiner Teil**

**Grundlagen des Zivilrechts  
Methodik der Fallbearbeitung**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**19. Auflage 2022**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Einführung und Grundlagen der Fallbearbeitung</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ...</b>	<b>1</b>
<b>B. Der Anwendungsbereich des BGB .....</b>	<b>4</b>
<b>C. Aufbau und Inhalt des BGB .....</b>	<b>5</b>
<b>D. Sprache, Regelungssystem und Methodik des BGB.....</b>	<b>6</b>
I. Bildung abstrakt-genereller Tatbestände; Gesetzesauslegung .....	7
II. Rechtsfortbildung (insb. Analogie und teleologische Reduktion) .....	22
III. Schlussfolgerungen/Ziehen von Schlüssen .....	25
IV. Teleologische Reduktion und Extension .....	27
V. Das Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ .....	33
VI. Verweisung auf andere Vorschriften .....	35
VII. Fiktion und gesetzliche Vermutung.....	36
VIII. Zwingendes und dispositives (nachgiebiges) Recht .....	39
IX. Vertragsautonomie: Abschlussfreiheit und Inhaltsfreiheit.....	42
X. Regelung der Beweislast.....	44
<b>E. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip.....</b>	<b>52</b>
I. Das Trennungsprinzip als Fundamentalprinzip .....	52
II. Das Abstraktionsprinzip als Fortführung.....	55
III. Einschränkungen des Abstraktionsprinzips .....	57
<b>F. Normarten im Zivilrecht .....</b>	<b>61</b>
<b>G. Verjährung von Ansprüchen.....</b>	<b>65</b>
<b>2. Kapitel – Rechtssubjekte und Rechtsobjekte .....</b>	<b>70</b>
<b>A. Rechtspersönlichkeit/Rechtssubjekte/Rechtsfähigkeit.....</b>	<b>70</b>
I. Natürliche Personen.....	71
II. Juristische Personen des Privatrechts; Personenvereinigungen.....	73
<b>B. Rechtsobjekte .....</b>	<b>86</b>
I. Sachen als körperliche Gegenstände.....	86
II. Unbewegliche Sachen/bewegliche Sachen.....	88
III. Vertretbare Sachen/unvertretbare Sachen/Gattungssachen .....	89
IV. Verbrauchbare Sachen .....	91
V. Teilbare Sachen.....	91
VI. Bestandteile.....	91
VII. Zubehör .....	96
VIII. Nutzungen .....	98
IX. Unternehmen .....	99

<b>3. Kapitel – Überblick über die Rechtsgeschäftslehre .....</b>	<b>100</b>
<b>A. Grundsatz und Grenzen der Privatautonomie .....</b>	<b>100</b>
<b>B. Begriff des Rechtsgeschäfts .....</b>	<b>101</b>
<b>C. Einteilung der Rechtsgeschäfte .....</b>	<b>103</b>
I. Einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte .....	103
II. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte .....	106
III. Trennungs- und Abstraktionsprinzip .....	109
IV. Verbrauchergeschäfte .....	109
<b>4. Kapitel – Die Willenserklärung .....</b>	<b>112</b>
<b>A. Einführung; Begriff der Willenserklärung .....</b>	<b>112</b>
<b>B. Die Bestandteile der Willenserklärung .....</b>	<b>112</b>
I. Der objektive (äußere) Tatbestand der Willenserklärung.....	113
1. Der Erklärungstatbestand.....	113
2. Formen der Kundgabe .....	113
a. Ausdrückliche Kundgabe.....	113
b. Konkludente Kundgabe.....	114
c. Schweigen als Willenserklärung .....	114
II. Der subjektive (innere) Tatbestand der Willenserklärung.....	117
1. Der Handlungswille.....	118
2. Das Erklärungsbewusstsein .....	118
3. Der Geschäftswille.....	123
III. Abgrenzungsfragen in Bezug auf den Rechtsbindungswillen .....	124
1. Die invitatio ad offerendum .....	125
2. Das freibleibende Angebot/die (bloße) Absichtserklärung .....	126
3. Gefälligkeiten.....	128
a. Reine Gefälligkeitsverhältnisse .....	130
b. Der unentgeltliche Vertrag („Gefälligkeitsvertrag“) .....	133
c. Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter .....	135
4. Erteilung von Auskünften und Ratschlägen .....	138
<b>C. Abgabe und Zugang von Willenserklärungen .....</b>	<b>140</b>
I. Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.....	140
II. Die Abgabe der Willenserklärung .....	141
1. Abgabe von nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen.....	141
2. Abgabe von empfangsbedürftigen Willenserklärungen.....	141
III. Der Zugang der Willenserklärung.....	145
1. Zugang gegenüber Abwesenden .....	146
2. Zugang gegenüber Anwesenden .....	156

3. Widerruf einer Willenserklärung .....	158
4. Zugang gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen .....	161
5. Ersatz des Zugehens durch Zustellung .....	162
6. Zugangsbeweis .....	162
7. Disponibilität des § 130 BGB .....	162
8. Zusammenfassung zur Willenserklärung .....	162
<b>D. Die Auslegung von Willenserklärungen.....</b>	<b>164</b>
I. Erfordernis einer Auslegung.....	164
II. Gesetzliche Auslegungsbestimmungen.....	165
III. Auslegung der konkreten Willenserklärung .....	165
1. Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen .....	165
2. Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen .....	167
a. Maßgeblicher Standpunkt: objektiver Empfängerhorizont .....	167
b. Vorrang des übereinstimmend Gewollten .....	168
3. Die Auslegung formgebundener Willenserklärungen .....	169
<b>E. Die Auslegung von Verträgen .....</b>	<b>171</b>
I. Die erläuternde Vertragsauslegung.....	171
II. Die ergänzende Vertragsauslegung .....	171
<b>5. Kapitel – Zustandekommen und Inhalt von Verträgen .....</b>	<b>173</b>
<b>A. Einführung .....</b>	<b>173</b>
<b>B. Der Antrag (Angebot, Offerte) .....</b>	<b>175</b>
I. Allgemeines .....	175
II. Inhaltliche Bestimmtheit des Antrags .....	175
III. Die Bindungswirkung des Antrags.....	182
<b>C. Die Annahme .....</b>	<b>186</b>
I. Begriff und Voraussetzungen .....	186
II. Formen der Annahme .....	187
1. Formfreiheit bzw. Formbedürftigkeit.....	187
2. Das Schweigen nach bürgerlichem Recht.....	187
a. Grundsatz: keinerlei rechtliche Bedeutung.....	187
b. Ausnahme: vertragliche oder gesetzliche Regelung .....	187
c. Schweigen im Handelsrecht .....	187
III. Annahmefrist und verspätete Annahmeerklärung.....	191
IV. Inhaltlich abweichende Annahmeerklärung.....	194
V. Treuwidrige Änderungen des Angebots .....	194
VI. Ausnahme vom Erfordernis des Zugangs der Annahmeerklärung .....	195

<b>D. Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten .....</b>	<b>196</b>
<b>E. Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang .....</b>	<b>196</b>
<b>F. Konsens und Dissens .....</b>	<b>198</b>
I. Vorrang der Auslegung .....	198
II. Anwendung der §§ 154, 155 BGB .....	199
III. Offener und versteckter Dissens .....	199
<b>G. Bedingte und befristete Rechtsgeschäfte .....</b>	<b>201</b>
I. Einführung.....	201
II. Die Bedingung (§§ 158-162 BGB) .....	202
1. Begriffsbestimmung.....	202
2. Aufschiebende und auflösende Bedingung .....	203
3. Gesetzlich geregelte Umstände, die keine Bedingungen darstellen.....	204
4. Zulässigkeit der Bedingung.....	205
5. (Un-)Wirksamkeit einer Zwischenverfügung .....	206
6. Treuwidrige Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts.....	207
7. Haftung während der Schwebezeit .....	208
III. Die Befristung (§ 163 BGB) .....	208
<b>H. Fortgeltung von Verträgen nach dem Tod? .....</b>	<b>208</b>
<b>I. Verbraucherschützende Widerrufsrechte .....</b>	<b>209</b>
<b>J. Zustandekommen von Rechtsgeschäften im Internet .....</b>	<b>210</b>
I. In Betracht kommende Vertragstypen.....	210
II. Vertragsschluss.....	213
<b>6. Kapitel – Die Stellvertretung .....</b>	<b>223</b>
<b>A. Grundlagen der Stellvertretung .....</b>	<b>223</b>
I. Einführung.....	223
II. Die in §§ 164 ff. BGB geregelte unmittelbare Stellvertretung .....	223
III. Abgrenzung zur „mittelbaren Stellvertretung“ .....	225
IV. (Un-)Zulässigkeit der Stellvertretung .....	226
<b>B. Einordnung der Stellvertretung in den Prüfungsaufbau .....</b>	<b>227</b>
<b>C. Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung .....</b>	<b>229</b>
I. Abgabe einer eigenen Willenserklärung .....	229
II. Handeln im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip) .....	239
1. Grundsatz: Offenkundiges Handeln im fremden Namen .....	239
2. Unternehmensbezogene Geschäfte.....	240
3. Offenes Geschäft für den, den es angeht.....	240
4. Unanfechtbares Eigengeschäft des Vertreters.....	241
5. Vertreter handelt äußerlich im fremden Namen, innerlich jedoch für sich .....	242

6. Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip .....	243
a. Verdecktes Geschäft für den, den es angeht .....	243
b. Handeln unter fremdem Namen .....	244
III. Vertretungsmacht .....	248
1. Gesetzliche Vertretungsmacht .....	248
a. Insbesondere: Elterliche Vertretungsmacht .....	248
b. Sonderfall des § 1357 BGB .....	250
c. Die organschaftliche Vertretungsmacht .....	252
2. Durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht) .....	252
a. Erteilung der Vollmacht .....	252
aa. Allgemeines .....	252
bb. Innen- und Außenvollmacht .....	254
cc. Form der Vollmachtserteilung .....	255
dd. Abstraktheit der Bevollmächtigung .....	256
ee. Arten und Umfang der Vollmacht .....	259
a.) Arten der Vollmacht .....	259
b.) Bestimmung der Reichweite der Vollmacht durch Auslegung .....	260
c.) Überschreitung der Vollmacht .....	260
d.) Untervollmacht .....	263
aa.) Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung; Umfang der Vertretungsmacht .....	263
bb.) Sonderfall „Vertreter des Vertreters“ .....	265
cc.) Haftungsfragen .....	265
e.) Die Gesamtvollmacht .....	266
f.) Vollmachten im Handelsverkehr .....	267
aa.) Prokura, §§ 48 ff. HGB .....	267
(a.) Begriff und Bedeutung .....	267
(b.) Einzelprokura – Gesamtkprokura, § 48 HGB .....	268
(c.) Umfang der Prokura, § 49 HGB .....	268
(d.) Keine Beschränkung der Prokura im Außenverhältnis, § 50 HGB .....	269
(e.) Erlöschen der Prokura .....	270
bb.) Handlungsvollmacht, § 54 HGB .....	271
cc.) Vertretung durch Ladenangestellte, § 56 HGB .....	272
ff. Vorsorgevollmacht .....	272
b. Erlöschen der Vollmacht .....	273
aa. Erlöschen nach dem Inhalt der Vollmacht .....	273
bb. Erlöschen nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis .....	274
a.) Abhängigkeit der Vollmacht vom Bestehen des Grundverhältnisses .....	274

b.) Im Zweifel Erlöschen durch Tod des Bevollmächtigten .....	275
c.) Im Zweifel kein Erlöschen durch Tod des Vollmachtgebers.....	275
cc. Widerruf der Vollmacht durch den Vollmachtgeber .....	276
dd. Anfechtung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber .....	276
3. „Vertretungsmacht“ kraft Rechtsscheins – Der gute Glaube an die Vollmacht ...	280
a. Der Schutz des Geschäftsgegners nach §§ 170-172 BGB.....	280
b. Der Schutz des Geschäftsgegners nach Handelsrecht .....	285
aa. Negative Publizität des Handelsregisters, § 15 I HGB .....	286
bb. Positive Publizität des Handelsregisters, § 15 III HGB .....	286
cc. Vertretungsmacht von Ladenangestellten, § 56 HGB.....	286
c. Duldungs- und Anscheinsvollmacht .....	286
aa. Duldungsvollmacht .....	287
bb. Anscheinsvollmacht .....	290
4. Beschränkung/Ausschluss der Vertretungsmacht .....	294
a. Das Insichgeschäft, § 181 BGB.....	295
b. Der Missbrauch der Vertretungsmacht .....	299
aa. Evidenz .....	300
bb. Kollusion .....	301
cc. Evidenz und Kollusion auch bei Prokura .....	301
<b>D. Vertreter ohne Vertretungsmacht, §§ 177 ff. BGB.....</b>	<b>302</b>
I. Folgen der fehlenden Vertretungsmacht bei Verträgen .....	302
II. Folgen der fehlenden Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften.....	304
III. Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, § 179 BGB.....	305
1. Anwendbarkeit des § 179 BGB.....	306
2. Voraussetzungen des § 179 BGB.....	306
3. Rechtsfolge des § 179 BGB .....	307
4. Anfechtung von Willenserklärungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht.....	309
5. Verhältnis der Haftung nach § 179 BGB zu anderen Haftungsansprüchen.....	310
<b>E. Eigenhaftung des Vertreters.....</b>	<b>311</b>
<b>7. Kapitel – Rechtshindernde Einwendungen .....</b>	<b>312</b>
<b>A. Einführung und Einordnung in den Prüfungsaufbau .....</b>	<b>312</b>
I. Bedeutung der rechtshindernden Einwendungen.....	312
II. Abgrenzung zu rechtsvernichtenden Einwendungen .....	312
III. Abgrenzung zu rechtshemmenden Einwendungen (Einreden) .....	314
<b>B. Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB .....</b>	<b>314</b>
I. Der Schutz des Minderjährigen vor den Gefahren des Rechtsverkehrs.....	314
II. Mangel der Geschäftsfähigkeit, §§ 104, 105 BGB.....	317

III. Die Betreuung, §§ 1896 ff. BGB.....	322
IV. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106-113 BGB.....	324
1. Rechtlich vorteilhafte (zustimmungsfreie) Rechtsgeschäfte, § 107 BGB.....	324
2. Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte.....	337
3. Die Teilgeschäftsfähigkeit, §§ 112, 113 BGB.....	352
<b>C. Bewusste Willensmängel, §§ 116-118 BGB.....</b>	<b>355</b>
I. Der geheime Vorbehalt, § 116 BGB.....	355
II. Das Scheingeschäft, § 117 BGB.....	356
III. Die Scherzerklärung, § 118 BGB.....	362
<b>D. Nichtigkeit wegen Formmangels, § 125 BGB.....</b>	<b>365</b>
I. Grundsatz der Formfreiheit.....	365
II. Funktionen und Zwecke der Formvorschriften.....	365
III. Arten gesetzlicher Formvorschriften.....	367
IV. Rechtsfolge des Formmangels.....	376
V. Überwindung der Formnichtigkeit nach § 242 BGB.....	380
<b>E. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB.....</b>	<b>382</b>
I. Vorliegen eines Verbotsgesetzes.....	382
II. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz.....	383
III. Nichtigkeit als Rechtsfolgenanordnung.....	383
IV. Abgrenzungen/Konkurrenzen.....	388
<b>F. Sittenwidrigkeit, Wucher, § 138 BGB.....</b>	<b>389</b>
I. Einführung.....	389
II. Wucher, § 138 II BGB.....	390
III. Sittenwidrigkeit, § 138 I BGB.....	396
<b>8. Kapitel – Die Anfechtung.....</b>	<b>422</b>
<b>A. Die rechtsvernichtenden Einwendungen im Anspruchsaufbau.....</b>	<b>422</b>
<b>B. Zweck der Anfechtung.....</b>	<b>423</b>
<b>C. Prüfung der Anfechtung in der Fallbearbeitung.....</b>	<b>423</b>
<b>D. Anfechtbare Willenserklärungen.....</b>	<b>425</b>
<b>E. Anfechtung einer nichtigen Willenserklärung/§ 142 II BGB.....</b>	<b>433</b>
<b>F. Die Anfechtungsgründe im BGB AT.....</b>	<b>435</b>
I. Die Anfechtung wegen Irrtums.....	435
1. Der Erklärungsirrtum, § 119 I Var. 2 BGB.....	437
2. Der Inhaltsirrtum, § 119 I Var. 1 BGB.....	439
3. Falsche Übermittlung, § 120 BGB.....	447
4. Der Eigenschaftsirrtum, § 119 II BGB.....	449
5. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 I Var. 1 BGB.....	456

II. Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung.....	468
<b>G. Vorliegen einer Anfechtungserklärung, § 143 BGB.....</b>	<b>472</b>
<b>H. Einhaltung der Anfechtungsfrist, §§ 121, 124 BGB.....</b>	<b>477</b>
<b>I. Kein Ausschluss der Anfechtung nach § 121 II oder 144 BGB.....</b>	<b>478</b>
<b>J. Rechtsfolgen der Anfechtung .....</b>	<b>479</b>
I. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, § 142 BGB .....	479
II. Schadensersatzpflicht, § 122 I BGB .....	479
<b>K. Konkurrenzen .....</b>	<b>484</b>
I. Verhältnis § 123 BGB zu § 119 BGB.....	484
II. Verhältnis § 123 BGB zu § 138 I BGB .....	484
III. Verhältnis § 123 BGB zu §§ 823 ff. BGB .....	484
IV. Verhältnis § 123 BGB zur Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) oder zu Schadensersatzansprüchen aus Vertrag ..	484
V. Verhältnis § 119 II BGB zu §§ 434 ff. BGB.....	485
VI. Verhältnis § 119 I BGB zu §§ 434 ff. BGB.....	487
VII. Verhältnis § 123 BGB zu §§ 434 ff. BGB.....	488
VIII. Verhältnis §§ 119 ff. BGB zu § 313 BGB .....	488
<b>9. Kapitel – Allgemeine Geschäftsbedingungen.....</b>	<b>489</b>
<b>A. Die Bedeutung von AGB .....</b>	<b>489</b>
<b>B. Die Prüfung von AGB in der Fallbearbeitung .....</b>	<b>490</b>
I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts .....	491
II. Einbeziehung der AGB in den Vertrag, §§ 305 II, III, 305c I BGB.....	498
III. Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB .....	505
IV. Inhaltskontrolle, §§ 309, 308, 307 BGB.....	507
<b>10. Kapitel – Aufbau einer materiellen Anspruchsklausur .....</b>	<b>531</b>
<b>A. Allgemeine Aufbauhinweise .....</b>	<b>531</b>
I. Gliederung des Sachverhalts in Zweipersonenverhältnisse .....	532
II. Auffinden der Anspruchsziele der Beteiligten.....	532
III. Bestimmung der einschlägigen Anspruchsgrundlage .....	533
1. Ansprüche aus Vertrag.....	533
2. Vertragsähnliche (quasivertragliche) Ansprüche.....	537
3. Dingliche (sachenrechtliche) Ansprüche.....	537
4. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	538
5. Ansprüche aus unerlaubter Handlung .....	540
<b>B. Gutachterliche Prüfung der Anspruchsgrundlagen .....</b>	<b>540</b>
<b>C. Übungsfall zum Zusammenspiel der Rechtsinstitute des BGB .....</b>	<b>544</b>

## 1. Kapitel – Einführung und Grundlagen der Fallbearbeitung

### A. Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)

Bis zur Gründung des Deutschen Reichs 1871 war das Privatrecht in Deutschland stark zersplittert; ein einheitliches bürgerliches Recht fehlte. Während in Preußen überwiegend das „Preußische Allgemeine Landrecht“ (ALR) von 1794, in Sachsen das „Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch“ von 1863 und im Gebiet zwischen Rhein und Elbe (Bayern, Württemberg, Hessen, Hannover, Hamburg, Bremen) überwiegend das von Wissenschaft und Praxis fortentwickelte römische Recht, das sog. „Gemeine Recht“, galt, waren in den rheinischen Gebieten das auf dem französischen *Code Civil* von 1804 basierende „Rheinische Recht“ und in Baden dessen Übersetzung, das „Badische Landrecht“ von 1808/09 maßgeblich.<sup>1</sup> Diese Rechtszersplitterung wurde dadurch noch verstärkt, dass die genannten Rechtsordnungen von zahlreichen Partikularrechten, wie z.B. dem Bayerischen Landrecht von 1756 oder dem Hamburger Stadtrecht von 1603, überlagert und durchgesetzt waren.

Diese unterschiedlichen Rechtsordnungen erschwerten den innerdeutschen Handel und den Warenverkehr immens. Daher wunderte es nicht, dass der Ruf nach einem einheitlichen bürgerlichen Recht<sup>2</sup> schnell lauter wurde. So forcierte man nach Gründung des Deutschen Zollvereins 1834 im Deutschen Bund die Rechtsvereinheitlichung. Geschaffen wurden zunächst ein einheitliches Wechselrecht (Allgemeine Deutsche Wechselordnung von 1848) und ein einheitliches Handelsrecht (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861).<sup>3</sup> Weitere Bestrebungen, die auf die Schaffung einer einheitlichen Zivilrechtsordnung gerichtet waren, ließen sich wegen der Auflösung des Deutschen Bundes im Jahr 1866 jedoch nicht mehr umsetzen.

Die politische Basis für eine Rechtsvereinheitlichung war jedoch nach der Reichsgründung im Jahr 1871 gegeben. Zwar wies die Reichsverfassung von 1871 dem Reich Gesetzgebungsbefugnisse nur auf bestimmten Gebieten des Wirtschaftsrechts (insbesondere des Handelsrechts) zu, allerdings verfügte das Reich über die sog. Kompetenz-Kompetenz, also die Befugnis, durch Verfassungsänderung die eigene Zuständigkeit auszuweiten. Daher konnte 1873 durch Änderung der Reichsverfassung die Gesetzgebungskompetenz des Reichs auf das gesamte bürgerliche Recht erstreckt werden.<sup>4</sup> Auf der Grundlage dieser neuen Gesetzgebungskompetenz wurde eine *Vorkommission* zur Klärung von Plan und Methode des Gesetzgebungsvorhabens eingesetzt und 1874 wurde vom Bundesrat die *erste Kommission* zur Ausarbeitung des Gesetzentwurfs gewählt und danach berufen. Diese erarbeitete den *ersten Entwurf* und legte ihn nebst Begründung („Motive“) im Jahre 1887 vor. Der Entwurf lehnte sich stark an den Grundsätzen des gemeinen Rechts sowie an den Lehren Savignys<sup>5</sup> an, weshalb er als sozial unausgewogen, unzeitgemäß, undeutsch und schwer verständlich kritisiert wurde. Insbesondere sei die Sprache eine volksfremde Juristensprache und die Vertragsfreiheit führe dazu, dass der sozial Schwächere dem Vertragsdiktat des sozial Stärkeren unterworfen werde.<sup>6</sup> Daher berief der Bundesrat im Jahr 1890 eine *zweite Kommission*, der auch Parlamentarier

<sup>1</sup> Vgl. Neuner, AT, § 9 Rn 1; Grüneberg, in: Grüneberg, Einleitung, Rn 4; Köhler, AT, § 3 Rn 2; Boecken, AT, Rn 24; Brox/Walker, AT, Rn 21.

<sup>2</sup> Vgl. Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland“, 1814; bekämpft allerdings von Friedrich Carl von Savigny (vgl. Fußn. 5), „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, 1814 (zitiert nach Köhler, AT, § 3 Rn 3).

<sup>3</sup> Vgl. Köhler, AT, § 3 Rn 3. Vgl. auch Boecken, AT, Rn 24; Brox/Walker, AT, Rn 21.

<sup>4</sup> Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, Einleitung, Rn 5; Neuner, AT, § 9 Rn 2; ausführlich dazu Laufs, JuS 1973, 740, 742 ff.

<sup>5</sup> Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) – deutscher Jurist und Ratgeber („Kronsyndikus“) des Königs Friedrich Wilhelm III. von Preußen. Zu dem dem BGB zugrunde liegenden Trennungsprinzip und dem Abstraktionsprinzip, die ebenfalls auf die Lehren Savignys zurückgehen, vgl. Rn 49 ff.

<sup>6</sup> So insbesondere die Kritik von Otto v. Gierke (1841-1921) – deutscher Jurist, Rechtshistoriker und Politiker.

und Nichtjuristen angehört. Diese erarbeitete unter Rückgriff auf gemeinrechtliche (letztlich also römischrechtliche) und deutschrechtliche Rechtsgrundsätze<sup>7</sup> einen *zweiten Entwurf* nebst Begründung („Protokolle“), der den sozialen und wirtschaftlichen Gegenwartsfragen eher gerecht zu werden versuchte, leider jedoch ohne etwas an der für Rechtslaien kaum verständlichen Sprache zu ändern.

- 4 Dieser *zweite Entwurf* wurde mit geringen Änderungen durch den Bundesrat dann vom Reichskanzler als *dritter Entwurf* zusammen mit einer „Denkschrift“ 1895 dem Reichstag zugeleitet. Dort wurden leichte Veränderungen im Vereins-, Ehe- und Testamentsrecht vorgenommen und infolge des Einflusses von Lobbyisten wurde zudem das Bienenrecht (§§ 961-964 BGB) eingefügt. Das Gesetz wurde dann nach Zustimmung des Bundesrates als „**Bürgerliches Gesetzbuch**“ (BGB) beschlossen und am 18.8.1896 ausgefertigt. Es trat – begleitet vom Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), in dem Übergangsregelungen zum bis dahin in Deutschland geltenden Recht und Öffnungsklauseln für die Gesetzgebung der Bundesstaaten (heute: Bundesländer) enthalten sind (sog. Landesprivatrecht) – am 1.1.1900 in Kraft. Trotz der zahlreichen Änderungen, insbesondere auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, ist es auch heute noch – unter Beibehaltung der Verbindung von römischrechtlichen und deutschrechtlichen Rechtsgrundsätzen – in Kraft (wurde allerdings 2002 neu bekanntgemacht) und bildet die wesentliche Grundlage des deutschen bürgerlichen Rechts.<sup>8</sup>
- 5 Das frühe BGB ging von der Rechtsgleichheit aller Bürger aus (vgl. § 1 BGB) und garantierte weitgehend **Vertragsfreiheit** (vgl. aktuell § 311 I BGB), **Eigentumsfreiheit** (vgl. § 903 BGB) und **Testierfreiheit** (vgl. § 1937 BGB). Der Bürger wurde als Rechtssubjekt verstanden, der seine Interessen eigenverantwortlich wahrnehmen kann. Er sollte grds. in der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse, in der Nutzung seines Eigentums und in der Vererbung seines Vermögens frei sein und möglichst wenigen gesetzlichen Beschränkungen unterliegen. Folgerichtig verzichtete das BGB, von äußersten Schranken (vgl. §§ 134, 138 BGB) einmal abgesehen, trotz der aufgezeigten mehrfachen Überarbeitung auf eine Kontrolle der Vertragsgerechtigkeit. Man glaubte, das „freie Walten der Verkehrskräfte“, also das Prinzip der freien Konkurrenz, würde von sich aus einen gerechten Interessenausgleich bewirken. Lediglich vor Gefahren mangelnder Urteilsfähigkeit und fehlerhafter Willensbildung beim Vertragsschluss sollte das BGB schützen (vgl. §§ 104 ff., 119 ff. BGB).<sup>9</sup> Doch schon sehr bald erkannte man, dass die bestehenden Schutzvorschriften nicht mehr genügten. Zu deutlich wurde das Ungleichgewicht zwischen den wirtschaftlich Mächtigen und den wirtschaftlich schwächeren Privatpersonen. Daher wurde der Ruf nach der Notwendigkeit eines ausgeprägten Schutzkonzepts laut, bspw. auf den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, die sich bislang als äußerst unsozial erwiesen. Deshalb versuchte man, der „sozialen Frage“ zumindest durch punktuelle Schutzvorschriften (vgl. allgemein § 138 BGB und speziell die Schutzvorschriften der einzelnen Typenverträge) bzw. durch (später erlassene) Spezialgesetze gerecht zu werden.<sup>10</sup> In der jüngeren Vergangenheit standen Ergänzungen des BGB v.a. im Hinblick auf eine (Teil-) Kodifizierung der von der Rechtsprechung entwickelten Vertragstypen (Factoring, Franchising, Leasing) und auf eine Stärkung des Verbraucherschutzes im Fokus des Gesetzgebers. Bei Letzterem geht es namentlich um die europarechtlich veranlassten Verbraucherschutzvorschriften auf den Gebieten
- der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge (§ 312b BGB),
  - der Fernabsatzverträge (§§ 312c BGB),

<sup>7</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Einleitung, Rn 5; *Brox/Walker*, AT, Rn 21.

<sup>8</sup> Vgl. *Köhler*, AT, § 3 Rn 4-6; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Einleitung, Rn 4; *Brox/Walker*, AT, Rn 22 ff.; *Stadler*, AT, § 1 Rn 6; *Boecken*, AT, Rn 24; *Neuner*, AT, § 9 Rn 5.

<sup>9</sup> Vgl. *Köhler*, AT, § 3 Rn 8. Vgl. auch *Musielak*, JuS 2017, 949 f.

<sup>10</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Einleitung, Rn 4; *Neuner*, AT, § 9 Rn 6; *Köhler*, AT, § 3 Rn 9; *Brox/Walker*, AT, Rn 25 f.; *Stadler*, AT, § 1 Rn 6; *Boecken*, AT, Rn 25.

- der Verbraucherverträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB),
- des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB) (einschließlich des Verbrauchsgüterkaufvertrags über Waren mit digitalen Elementen, § 475b BGB),
- des Verbrauchsgüterkaufs über digitale Produkte (§ 475a BGB),
- des Verbrauchsgüterkaufs über die Schenkung digitaler Produkte (§ 516a BGB),
- der Verträge über die Miete digitaler Produkte (§ 578b BGB),
- des Verbrauchervertrags über die Herstellung digitaler Produkte (§ 650 II BGB)
- sowie der Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB) und sonstiger Finanzierungshilfen (§§ 506 ff. BGB).

Auch die ursprünglichen Wertvorstellungen im Bereich der Familie erwiesen sich schon bald als nicht mehr tragfähig. Damals beherrschten patriarchalisch-konservative Vorstellungen das Leitbild der Familie. Der Ehemann galt als „Familienoberhaupt“ und besaß das Entscheidungsrecht in ehelichen Angelegenheiten und die elterliche Gewalt (Erziehungsrecht; Aufenthaltsbestimmungsrecht etc.) über die Kinder. Die unverheiratete Mutter und das nichteheliche Kind genossen noch weniger Schutz durch die Rechtsordnung.<sup>11</sup> Spätestens mit der verfassungsrechtlich garantierten Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 II GG) und der Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Art. 6 V GG) war der BGB-Gesetzgeber gehalten, das Familienrecht an die Anforderungen der modernen Gesellschaft anzupassen. Hinzu kamen Vorgaben des EU-Rechts sowie des EGMR, der über Beschwerden wegen Verstößen gegen familienrechtliche Bestimmungen der EMRK entschied. So wurden die genannten Defizite sukzessive abgebaut und durch ein moderneres Familienrecht abgelöst, bei dem soziologische Aspekte mehr in den Vordergrund gerieten. Im Fokus der jüngeren Debatte stand zunächst die Frage nach dem Recht des nichtehelichen Vaters auf Zuerkennung der Sorgeberechtigung, die bislang ausschließlich der Mutter zustand, § 1626a II BGB a.F.<sup>12</sup> Auch das Adoptionsrecht ist an moderne Familienstrukturen angepasst worden. Konnte bis zum Jahr 2020 ein Kind von seinem mit einem rechtlichen Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden „faktischen“ Stiefelternteil unter keinen Umständen adoptiert werden, ohne dass die verwandtschaftliche Beziehung zum rechtlichen Elternteil erlosch (siehe § 1754 I, II BGB und § 1755 I S. 1, II BGB), wurde dies durch Einfügung des § 1766a BGB (siehe Gesetz v. 19.3.2020) geändert. Nunmehr ist die Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften derjenigen in ehelichen gleichgestellt: Bei Adoption des Kindes des nichtehelichen Lebenspartners wird das Kind gemeinsames Kind der Lebenspartner.<sup>13</sup>

Schließlich sei die Vereinsfreiheit genannt, die durch die Möglichkeit staatlicher Intervention gegen Vereine mit politischen, religiösen und sozialpolitischen Zielsetzungen (Kulturkampf; Arbeiterbewegung) stark eingeschränkt war; insbesondere war der nichtrechtsfähige Verein in seiner Bewegungsfreiheit durch Unterstellung unter das Gesellschaftsrecht (§ 54 S. 1 BGB) behindert worden.<sup>14</sup> Durch entsprechende Gesetzesänderungen wurde auch diesen Aspekten Rechnung getragen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass dem frühen BGB die Vorstellung von Freiheit und rechtlicher Gleichheit aller am Privatrechtsverkehr teilnehmenden Personen zugrunde lag. Die dadurch im Mittelpunkt stehende Vertragsautonomie hatte somit zur Konsequenz, dass die Parteien (bis auf wenige Korrekturmöglichkeiten) dem „freien Spiel der Kräfte“ ausgeliefert waren. Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis Rufe nach Schutzkonzepten laut wurden, die den veränderten gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung tragen sollten. Siehe dazu auch Rn 60 ff.

<sup>11</sup> Köhler, AT, § 3 Rn 9.

<sup>12</sup> Vgl. dazu näher R. Schmidt, FamR, Rn 504.

<sup>13</sup> Vgl. dazu näher R. Schmidt, FamR, Rn 599f.

<sup>14</sup> Köhler, AT, § 3 Rn 9.

## B. Der Anwendungsbereich des BGB

- 9 Wie aus den vorstehenden Erläuterungen deutlich geworden sein sollte, baut die heutige deutsche Zivilrechtsordnung auf dem römischen *ius civile* („Zivilrecht“) auf. Ihr liegt das Prinzip zugrunde, dass das BGB allgemein und für alle Menschen gilt, d.h. auf alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten anwendbar ist und nur durch Spezialgesetze verdrängt werden soll, die einen besonderen Sachverhalt (abschließend) regeln. Spezialregelungen, die (ganz oder teilweise) die Regelungen des BGB verdrängen, sind etwa solche des HGB, GmbHG, AktG, der InsO etc. Dagegen ist das Verbraucherschutzrecht, das zunächst in zahlreichen Spezialgesetzen wie dem AGB-Gesetz, dem Haustürwiderrufgesetz, dem Fernabsatzgesetz, dem Verbraucherkreditgesetz und dem Teilzeit-Wohnrechtgesetz geregelt war, im Zuge der „Schuldrechtsmodernisierung“ 2002 in das BGB inkorporiert worden, sodass sich auf diesen Gebieten eine innergesetzliche Konkurrenz zu den allgemeinen Regelungen ergibt.<sup>15</sup>
- 10 Weiterhin ist der Anwendungsbereich sachlich (im Verhältnis zum Landesprivatrecht), zeitlich (im Verhältnis zu früher geltendem Privatrecht) und räumlich (im Verhältnis zum ausländischen Privatrecht) begrenzt.<sup>16</sup> Regelungen hierüber enthalten das Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB) sowie die Verordnungen 864/2007 und 593/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 bzw. vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Diese Verordnungen (VO) regeln bei Verträgen über grenzüberschreitende Warenlieferungen, welcher nationalen Rechtsordnung das Vertragsverhältnis unterliegt.<sup>17</sup>
- 11 So gilt nach Art. 3 I der VO 593 der Grundsatz der freien Rechtswahl. Danach können bei internationalen Verträgen die Parteien vereinbaren, welche Rechtsordnung auf den Vertrag Anwendung finden soll. Soweit die Parteien keine Vereinbarung über das anzuwendende Recht getroffen haben, unterliegen Kaufverträge über bewegliche Sachen dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Ia der VO). Abweichende Regelungen gelten für Verbraucherverträge (Art. 6 der VO).
- 12 Wählen die Parteien das Recht der Bundesrepublik Deutschland, ist zu beachten, dass nur die schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen den Parteien, nicht aber die Eigentumsverhältnisse dem deutschen Recht unterworfen werden können. Denn die Eigentumsrechte bestimmen sich gem. Art. 43 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. Eine abweichende Rechtswahl ist nicht möglich.
- 13 **Beispiel:** Die in der Bundesrepublik ansässige A-GmbH schließt mit der in Frankreich ansässigen B-S.A.R.L. einen Kaufvertrag über die Lieferung von Maschinen und vereinbart gleichzeitig einen Eigentumsvorbehalt<sup>18</sup> zu ihren Gunsten. Bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung soll sie Eigentümerin der Maschinen bleiben.
- Die Voraussetzungen und die dinglichen Wirkungen eines solchen Eigentumsvorbehalts beurteilen sich bei einem internationalen Warenkauf vom Zeitpunkt des Grenzübertretts in das Bestimmungsland an nach der Rechtsordnung des Bestimmungslandes. Da sich das französische Recht erheblich von der BGB-Sachenrechtsordnung unterscheidet, kann die A-GmbH somit nicht davon ausgehen, dass die von ihr gewünschte Sicherheit tatsächlich zu ihren Gunsten zum Tragen kommt. Daher muss die A-GmbH bereits vertraglich die Geltung des BGB-Sachenrechts und die Einräumung eines Eigentumsvorbehalts nach Maßgabe der §§ 929, 158 BGB vereinbaren. In der Praxis kommt jedoch das UN-Kaufrecht (CISG)<sup>19</sup> zur Anwendung, wenn es die Parteien nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Vgl. dazu unten Rn 221 ff., 551 ff. sowie ausführlich R. Schmidt, SchuldR AT, Rn 968 ff.

<sup>16</sup> Köhler, AT, § 3 Rn 44.

<sup>17</sup> Zu den beiden sog. Rom-Verordnungen vgl. ausführlich Staudinger/Steinrötter, JA 2011, 241 ff.

<sup>18</sup> Zum Eigentumsvorbehalt vgl. unten Rn 1225 sowie grundlegend Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 846 ff.

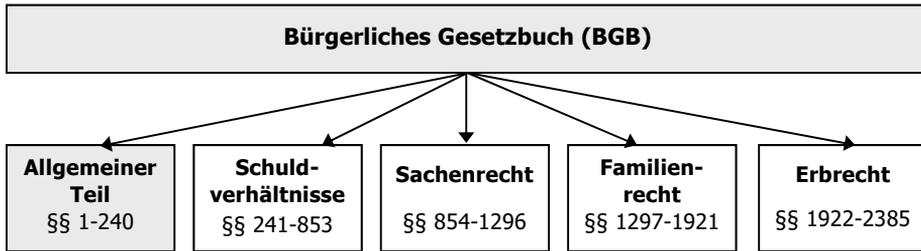
<sup>19</sup> BGBl II 1989, S. 588.

<sup>20</sup> Siehe BGH NJW-RR 2010, 1217, 1219.

## C. Aufbau und Inhalt des BGB

Auf der Grundlage der Pandektenwissenschaft<sup>21</sup> des 19. Jahrhunderts ist das Bürgerliche Gesetzbuch in fünf Bücher eingeteilt.

14



Das **erste Buch** des BGB – der **Allgemeine Teil** – ist in §§ 1-240 BGB normiert. In diesem Teil werden die allgemeinen Regeln aufgestellt, die im gesamten bürgerlichen Recht von Bedeutung sind. So finden sich (sozusagen „vor die Klammer gezogen“) in erster Linie Regelungen über natürliche (§§ 1 ff. BGB) und juristische Personen (§§ 21 ff. BGB), über Sachen und Tiere (§§ 90 ff. BGB), Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff. BGB), Fristen, Termine und Anspruchsverjährung (§§ 186 ff. BGB). Ebenso wird bestimmt, was unter einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 I BGB) zu verstehen ist. Für das juristische Studium sind im Rahmen des BGB AT vor allem folgende Bereiche relevant:

15

- die Geschäftsfähigkeit (§§ 104-113 BGB),
- Willenserklärungen (§§ 116-144 BGB),
- der Vertragsschluss (§§ 145-157 BGB),
- das Recht der Stellvertretung (§§ 164-181 BGB),
- die Wirksamkeitshindernisse und Ausschlusstatbestände,
- die Regeln über die Anfechtung (§§ 119-124; 142-143 BGB),
- die Fristen, Termine und die Anspruchsverjährung
- sowie (trotz des Standortes im zweiten Buch) das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305-310 BGB), das allgemeine Verbraucherschutzrecht (§§ 312 ff. BGB), der Verbrauchervertrag über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), der Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) sowie ferner das Recht des Verbraucherdarlehens (§§ 491 ff. BGB).<sup>22</sup>

Das **zweite Buch** des BGB behandelt das **Recht der Schuldverhältnisse**. Es ist in den §§ 241-853 BGB normiert und lässt sich in zwei unterschiedliche Bereiche einteilen. Das **Allgemeine Schuldrecht** (§§ 241-432 BGB) enthält Regelungen, die für alle schuldrechtlichen Verhältnisse gleichermaßen gelten, sofern nicht im besonderen Schuldrecht Sonderregelungen bestehen, die die Normen des Allgemeinen Schuldrechts verdrängen. Das **Besondere Schuldrecht** (§§ 433-853 BGB) wiederum enthält Regelungen über vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse, die im täglichen Leben häufig vorkommen, z.B. Kauf-, Dienst-, Werkverträge oder Schuldverhältnisse nach einer unerlaubten Handlung. Damit hat der Gesetzgeber auch innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse die Klammertechnik angewandt, sodass im besonderen Schuldrecht grundsätzlich auf das allgemeine Schuldrecht zurückgegriffen werden kann.

16

Im **dritten Buch** – dem **Sachenrecht** – werden die Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten und Sachen beschrieben. Dort finden sich bspw. Regelungen über den

17

<sup>21</sup> Der Begriff entstammt dem Griechischen und bedeutet eigentlich: „alles enthalten“, wird aber allgemein als „5er System“ verstanden. Gelegentlich ist auch von „Digesten“ (von lat. *digesta*, „Geordnetes“) zu lesen. Vgl. dazu auch *Neuner*, AT, § 7 Rn 2.

<sup>22</sup> Während das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im vorliegenden Buch dargestellt wird (Rn 1488 ff.), findet sich das allgemeine Verbraucherschutzrecht bei *R. Schmidt*, SchuldR AT (Rn 968 ff.).

Besitz an Sachen (§§ 854 ff. BGB) sowie über das Eigentum (§§ 903 ff. BGB) oder beschränkt dingliche Rechte, z.B. die Hypothek (§§ 1113 ff. BGB).

Die Rechte an Sachen (z.B. Eigentum) werden *absolute* Rechte genannt, weil sie gegenüber jedermann gelten. Die schuldrechtlichen Beziehungen dagegen wirken nur zwischen den jeweils am Schuldverhältnis beteiligten Parteien, weswegen man sie *relative* Rechte nennt.

- 18 Das **vierte Buch** – das **Familienrecht** – regelt zunächst die mit der Ehe zusammenhängenden Fragen wie Eheschließung, Eheführung, Ehegüterrecht und Ehescheidung, sodann das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern, die Vormundschaft, die rechtliche Betreuung und die Pflegschaft. Es ist in den §§ 1297-1921 BGB geregelt.<sup>23</sup>
- 19 Schließlich regelt das **fünfte Buch** – das **Erbrecht** – in den §§ 1922 ff. BGB die vermögensrechtlichen Folgen des Todes von Menschen, d.h. den Vermögensübergang im Wege der Erbfolge, entweder aufgrund letztwilliger Verfügung (Testament, Erbvertrag) oder – mangels einer solchen – kraft Gesetzes.

### D. Sprache, Regelungssystem und Methodik des BGB

- 20 Insbesondere Nichtjuristen, aber auch Studienanfänger beklagen sich oft über die kaum verständliche (Fach-)Sprache und die auf den ersten Blick wenig begreifbare Regelungstechnik des BGB, das – wie bereits bei Rn 3 ff. ausgeführt – offenbar nur von Juristen für Juristen geschaffen wurde – auf Kosten von Verständlichkeit und Klarheit. Bei näherer Beschäftigung mit dem Gesetzeswerk erweist sich die Verweisteknik jedoch als logisch und nachvollziehbar. Es bedarf eben einer beharrlichen Beschäftigung und Übung mit ihr. Der Hintergrund für die Regelungstechnik ist der, dass der Gesetzgeber vom Prinzip des „**Vor-die-Klammer-Ziehens**“ ausgeht, d.h. allgemeine, für alle oder zumindest viele Rechtsgeschäfte bzw. Schuldverhältnisse gleichermaßen geltende Bestimmungen voranstellt, um grundlegende Bestimmungen nicht bei jedem Vertragstyp erneut regeln zu müssen.<sup>24</sup>

**Beispiel:** § 119 I BGB regelt das Recht der Anfechtung wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtums. Irrt sich also der Erklärende über die Bedeutung seiner Willenserklärung (indem er etwa einer Fehlvorstellung über den Bedeutungsgehalt eines Fachwortes oder eines Fachbegriffs unterliegt), kann er diese grds. anfechten mit der Folge der Nichtigkeit seiner Erklärung und damit des Rechtsgeschäfts (§ 142 I BGB). Ob sich die angefochtene Willenserklärung bspw. auf den Abschluss eines Kauf-, Werk- oder Mietvertrags bezog, spielt keine Rolle, weil nach der Systematik des BGB die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB grds. auf alle Vertragstypen anwendbar sein sollen. Durch diese Systematik konnte der Gesetzgeber darauf verzichten, bei jedem Vertragstyp Anfechtungsregeln erneut zu formulieren. Dieses Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ gilt gleichermaßen auch für andere Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB, etwa die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), den Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB), die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) und die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB).

- 21 Das Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ ist auch dem Schuldrecht zugrunde gelegt. So sind im allgemeinen Teil des Schuldrechts Regelungen enthalten, die grds. für alle (vertraglichen) Schuldverhältnisse gelten, etwa die Regelungen über Unmöglichkeit, Verzug, (allgemeine) Pflichtverletzungen, Art und Umfang von Schadensersatz etc. Die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts werden von den Regelungen des besonderen Schuldrechts nur dann verdrängt, wenn diese speziell und abschließend einen Sachverhalt regeln.

---

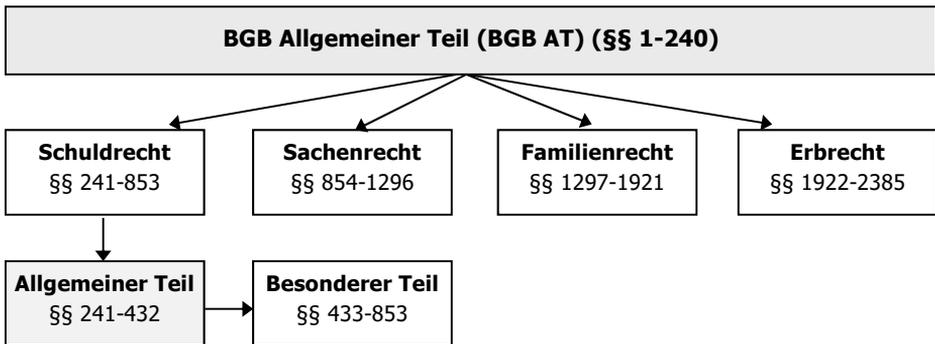
<sup>23</sup> Vgl. ausführlich R. Schmidt, FamR (passim).

<sup>24</sup> Vgl. bereits Rn 15, aber auch Rn 39 f.

**Beispiel:** Ist eine Kaufsache mangelhaft (§§ 434, 435 BGB), greifen die Mängelrechte gem. § 437 BGB. So kann der Käufer gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB vorrangig Nacherfüllung (Lieferung einer mangelfreien Sache oder Reparatur der erhaltenen Sache) verlangen oder (wenn Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ausgeschlossen ist oder verweigert wird) etwa gem. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 BGB den Kaufpreis mindern. Nacherfüllung und Minderung sind abschließend im Kaufrecht geregelt. Begehrt der Käufer hingegen Rücktritt vom Vertrag oder Schadensersatz, verweist das Gesetz in § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB bzw. in § 437 Nr. 3 Var. 1 BGB auf bestimmte Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts (hier: auf §§ 323, 326 V BGB bzw. auf §§ 280, 281, 283, 311a BGB). In diesem Fall greifen die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts also kraft gesetzlicher Verweisung ergänzend zu denen der Mängelrechte des Kaufrechts. Insofern lässt sich sagen, dass im Schuldrecht BT „zwei allgemeine Teile“ Anwendung finden – der BGB AT und der Schuldrecht AT.

Graphisch lässt sich das Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ wie folgt darstellen:

22



Im Einzelnen gilt:

## I. Bildung abstrakt-genereller Tatbestände; Gesetzesauslegung

### 1. Abstrakt-generelle Rechtsetzungsmethode vs. Fallrechtsmethode

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung<sup>25</sup> steht für den Rechtskreis der Bundesrepublik Deutschland die Befugnis zur Rechtsetzung grundsätzlich allein der Legislative zu. Diese erlässt Gesetze, die das gesellschaftliche Miteinander ordnen. Da das Parlament jedoch nicht alle erdenklichen Lebenssachverhalte in die Gesetze aufnehmen kann, verzichtet es weitgehend auf die Aufzählung von Einzelfällen, für die eine bestimmte Regelung gelten soll, sondern normiert stattdessen Tatbestände, die unter Verwendung von **unbestimmten Rechtsbegriffen** für eine **unbestimmte Zahl von Fällen** und für eine **unbestimmte Zahl von Adressaten** gelten (sog. „**abstrakt-generelle**“ Rechtsetzungsmethode, die unter dem Begriff „**Civil Law**“ firmiert).

23

So heißt es etwa in § 313 I BGB: „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“

An dieser abstrakten und generellen Formulierung und der Verwendung einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen wird deutlich, dass der Gesetzgeber Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage nicht an bestimmte Personen oder Sachverhalte knüpft, sondern ganz generell und abstrakt regelt.

<sup>25</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 161 ff.

Aufgabe der Rechtsprechung in diesem Rechtssystem ist es nun, die abstrakt-generellen Regelungen auf den konkreten Fall anzuwenden. Dies geschieht durch Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe unter Beachtung der anerkannten Auslegungsmethoden (Rn 25 ff./28 ff.) und Zuhilfenahme der juristischen Argumentationsfiguren (Rn 38 ff.). Der juristischen **Methodenlehre** kommt daher eine entscheidende Bedeutung bei der Rechtsfindung im Einzelfall zu.

So ist zum **Beispiel** fraglich, ob gewerbliche Mieter, die ihre Ladengeschäfte aufgrund einer Regelung in den Coronaschutzverordnungen nicht öffnen durften, wegen Störung der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung und eine Reduzierung/Aussetzung der Miete von den Vermietern verlangen können. In Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 313 I BGB haben die überwiegenden Instanzgerichte entschieden, dass die gewerblichen Mieter nicht unter Verweis auf § 313 I BGB Vertragsanpassung und eine Reduzierung/Aussetzung der Miete von den Vermietern verlangen können, solange sie nicht ausnahmsweise in ihrer Existenz bedroht seien.<sup>26</sup> Diese Sichtweise ist sicherlich nicht zwingend, gerade mit Blick darauf, dass die Vermieter die Art der gewerblichen Nutzung der Mietsachen als Verkaufsstätten des Einzelhandels bei Vertragsschluss kannten und aufgrund des eigenen wirtschaftlichen Interesses an der Geschäftsentwicklung teilhaben an der vertraglichen Risikoverteilung. So hat auch der Gesetzgeber nach einer entsprechenden Gesetzesänderung eine mieterfreundliche Regelung erlassen: Muss bspw. ein Ladengeschäft aufgrund einer gesetzlichen bzw. behördlichen Schließungsanordnung schließen mit der Folge, dass die Einnahmen wegbrechen, wird gem. Art. 240 § 7 EGBGB vermutet, dass sich insofern ein Umstand i.S.d. § 313 I BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Folge ist, dass unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung (verminderte Miethöhe; Aussetzung der Mietzahlungen) in Betracht kommt. Streng genommen hilft diese Vorschrift aber nicht. Dass eine schwerwiegende Änderung der Umstände vorliegt, war auch zuvor unstrittig. Vielmehr geht es doch um die Frage nach der Unzumutbarkeit des Festhaltens an unveränderten Vertrag. Insofern hätte die Neuregelung um das normative Element der Grundlagenstörung ergänzt werden sollen:

*„Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 I BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, und dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag für den Mieter unzumutbar ist.“*

Gleichwohl ist aber mit Blick darauf, dass das Verwendungsrisiko einer Mietsache grundsätzlich die Mieter tragen, zu fordern, dass die Geschäftsinhaber zunächst alle Möglichkeiten ausschöpfen (Straßenverkauf; Inanspruchnahme staatlicher Hilfen etc.). Auch ist zu berücksichtigen, ob die Mieter in den vergangenen Jahren mit ihren Geschäften hohe Umsätze und Gewinne erzielt haben und – wie das von einem umsichtigen Kaufmann zu erwarten ist – Rücklagen hätten bilden können.<sup>27</sup> Nicht zu folgen ist indes der Auffassung, die betroffenen Geschäftsinhaber hätten sich im Zeitraum der Schließung anderweitige Einnahmequellen zu verschaffen wie bspw. einen Onlinehandel zu betreiben.<sup>28</sup> Der Aufbau eines Onlineshops ist sehr aufwändig, d.h. arbeitsintensiv und kurzfristig technisch kaum realisierbar, jedenfalls nicht kostenmäßig vertretbar, zumal selbst bei kleinsten Verstößen gegen Pflichtangaben, Belehrungspflichten etc. kostenintensive

---

<sup>26</sup> LG Frankfurt Grundeigentum 2020, 1495 f.; LG Heidelberg Grundeigentum 2020, 1184, 1185 ff.; LG Lüneburg 17.11.2020 – 5 O 158/20; OLG Karlsruhe NJW 2021, 945, 946 f.; OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 402 f. A.A. OLG Dresden Grundeigentum 2021, 431, 432 f.: Kaltmiete für die Dauer der angeordneten Schließung auf die Hälfte reduziert.

<sup>27</sup> Siehe LG München NZM 2021, 194, 198.

<sup>28</sup> So aber LG Heidelberg Grundeigentum 2020, 1184, 1185 ff. mit Verweis auf *Sittner*, NJW 2020, 1169.

Abmahnungen drohen. Zudem ist es lebensfern, anzunehmen, ein frisch eingerichteter Onlineshop würde gleich Umsätze generieren.

Im Gegensatz zum Civil Law steht die kasuistische Methode („**Fallrechtsmethode**“), d.h. die Aufzählung und Systematisierung von Einzelfällen, die früher z.B. das Preußische Allgemeine Landrecht beherrschte und auch heute noch die Rechtsfindung in vielen Staaten, insbesondere im angelsächsischen und angloamerikanischen Raum sowie in Staaten des früheren Commonwealth bestimmt („**Common Law**“). Der grundlegende Unterschied zum Civil Law besteht darin, dass es nicht Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers sein soll, für alle Anwendungsfälle des Lebens eine abstrakt-generelle Regelung zu treffen. Vielmehr sei die Rechtsfindung im jeweiligen Einzelfall Aufgabe der Gerichte. Rechtssysteme, die auf dem Common Law basieren, stellen hohe Anforderungen an die Berufserfahrung der Richter. Diese müssen weniger rechtsmethodische Fertigkeiten (Umgang mit Gesetzen, systematisches Denken) beherrschen als die systematische Aufarbeitung von Präzedenzfällen. Zudem stehen die richterliche Rechtsfortbildung bzw. Weiterentwicklung des Rechts durch die Gerichte im Fokus des Common Law. 24

Trotz der grundlegenden Verschiedenartigkeit ihres methodischen Ansatzes bestehen „Annäherungen“ zwischen beiden Systemen. So wird das Common Law zunehmend durch das Statute Law (kodifiziertes Recht) ergänzt und das Civil Law räumt dem Richter trotz seiner Bindung an die Gesetze zum Teil weitgehende Befugnisse zum „Erlass“ von Richterrecht ein, was besonders an der Existenz von Generalklauseln (etwa in §§ 138, 242 und 313 BGB) deutlich wird.<sup>29</sup> Da im heutigen internationalen Rechtsverkehr durchaus Berührungen mit dem Common Law auftreten, sollten zumindest diesbezügliche Grundkenntnisse vorhanden sein. 24a

Ermöglicht und erleichtert wird die im hiesigen Rechtskreis verwendete abstrakt-generelle Rechtsetzungsmethode des Civil Law durch die Verwendung von **Legaldefinitionen**, also von gesetzlichen Bestimmungen, welche die genannten unbestimmten Rechtsbegriffe definieren und damit die Rechtsanwendung vereinheitlichen.<sup>30</sup> 25

Eine Legaldefinition enthält das Gesetz bspw. in § 276 II BGB, der den (u.a. in § 823 I BGB enthaltenden) Begriff der „**Fahrlässigkeit**“ beschreibt. Danach handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. „**Kennenmüssen**“ in § 166 BGB bedeutet nach § 122 II BGB „infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte“ und „**unverzüglich**“ in § 121 I S. 1 BGB heißt nach der Klammerdefinition derselben Norm „ohne schuldhaftes Zögern“. Und „**Anspruch**“ bedeutet nach § 194 I BGB „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“. 26

## 2. Gesetzesauslegung und Auslegungsmethoden

Die Verwendung abstrakt-genereller Tatbestände mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen hat zwar den Vorteil, dass der Gesetzgeber eine Vielzahl von möglichen Lebenssachverhalten erfassen und damit eine gleichmäßige Rechtsanwendung ermöglichen kann, auf der anderen Seite müssen die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe für den zu entscheidenden Lebenssachverhalt aber konkretisiert, d.h. ausgelegt werden, damit die Frage beantwortet werden kann, ob der konkrete Lebenssachverhalt tatsächlich von der abstrakt-generell formulierten Rechtsnorm erfasst ist. Der Rechtssatz bedarf daher der **Auslegung**. Auslegung einer Norm bedeutet, ihren Regelungsgehalt zu ermitteln, um den Einzelfall darauf hin zu prüfen, ob er unter die Norm subsumiert werden kann. Hierzu 27

<sup>29</sup> Vgl. *Stadler*, AT, § 26 Rn 29. Vgl. auch *Häcker*, JuS 2014, 872 ff.

<sup>30</sup> *Neuner*, AT, § 7 Rn 33; *Boecken*, AT, Rn 49.

bedient man sich allgemein anerkannter Auslegungsmethoden, die (bis auf die verfassungskonforme und europarechtskonforme Auslegung) im Wesentlichen auf Savigny (Fußn. 5) zurückzuführen sind<sup>31</sup>:

### a. Sprachlich-grammatikalische (philologische) Auslegung

- 28 Am Anfang der Auslegung steht die am Wortlaut der Norm anknüpfende sprachlich-grammatikalische (philologische) Auslegung. Das leuchtet ein, weil aufgrund der Gesetzesbindung von Judikative und Exekutive (Art. 20 III GG) der Wortlaut als unmittelbare Äußerung des Gesetzgebers Ausgangspunkt aller Überlegungen sein muss. Sofern nicht das Gesetz selbst den betreffenden Begriff definiert (Beispiel: „unverzüglich“ in § 121 I BGB) oder etablierte Begriffsdefinitionen in der juristischen Fachsprache (des juristischen Sprachgebrauchs) vorhanden sind (Beispiel: „Verfügung“ als Rechtsgeschäft, durch das auf ein dingliches Recht dergestalt eingewirkt wird, dass es übertragen, belastet, aufgehoben oder in seinem Inhalt geändert wird<sup>32</sup>), können Fachwörterbücher (z.B. „Wörterbuch der Medizin“) und Sprachwörterbücher („Duden“ etc.) Hilfe leisten.<sup>33</sup> Subsidiär sind der allgemeine Wortsinn und der allgemeine Sprachgebrauch zugrunde zu legen.

**Beispiel<sup>34</sup>:** E ist Eigentümer eines Hofanwesens im Außenbereich der Gemeinde G. Er hält u.a. einige Wildschweine in einem mit dem Nebengebäude verbundenen Gehege. Dieses wurde nachts von Unbekannten aufgeschnitten, sodass die Tiere entliefen und in der unmittelbaren Nachbarschaft erhebliche Schäden in den Gemüsegärten anrichteten. Die Nachbarn verlangen von E daraufhin Schadensersatz nach § 833 S. 1 BGB. E wiederum beruft sich auf die Haftungserleichterung des § 833 S. 2 BGB für die Halter von Haustieren.

§ 833 S. 1 BGB normiert eine Gefährdungshaftung, also eine verschuldensunabhängige und keinem Entlastungsbeweis zugängliche Haftung des Tierhalters unter der Voraussetzung, dass das von ihm gehaltene Tier einem Dritten an bestimmten Rechtsgütern einen Schaden zufügt. Mit „Tier“ i.S.d. § 833 S. 1 BGB sind alle Tiere gemeint, also Haustiere und andere Tiere (etwa Wildtiere), gleichgültig, ob sie als Nutztiere oder Luxustiere eingesetzt werden. Demnach würde E durchaus auf Schadensersatz haften, weil sich die spezifische Tiergefahr, vor der § 833 S. 1 BGB schützen soll, realisiert hat und es insbesondere nicht auf ein Verschulden (i.S.d. § 276 BGB) ankommt.

Möglicherweise kommt E aber die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB zugute. Wird nämlich durch ein Haustier, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist (Nutztier), ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, ist der Tierhalter zwar nach wie vor zum Schadensersatz verpflichtet. Ähnlich den §§ 831 und 832 BGB ist aber der Entlastungsbeweis statthaft: Gemäß der Negativformulierung des § 833 S. 2 BGB haftet der Tierhalter nicht, wenn er beweisen kann, dass entweder er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (Möglichkeit der Widerlegung der Verschuldensvermutung) oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (Möglichkeit der Widerlegung der Ursächlichkeitsvermutung).<sup>35</sup>

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 833 S. 2 BGB ist also, ob es sich bei den von E gehaltenen Wildschweinen um „als Nutztiere gehaltene Haustiere“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB handelt, also um Haustiere, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind. Unter „Haustieren“ sind unter Zugrundelegung des allgemeinen Wortsinns und des gewöhnlichen Sprachgebrauchs insbesondere domestizierte Tiere wie Pferde, Kühe, Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Hunde, Katzen, Geflügel,

<sup>31</sup> Vgl. auch BVerfGE 1, 299, 312; *Huber*, JZ 2003, 1, 4 f.; *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 292 ff.; *Muthorst*, JA 2013, 721, 725; *Schäfers*, JuS 2015, 875 ff.

<sup>32</sup> BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226; *Eckert*, SachenR, Rn 6; *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 30.

<sup>33</sup> Vgl. bereits die 13. Aufl. 2015. Die Möglichkeit, zur (sprachlich-grammatikalischen) Auslegung auf (allgemeine) Wörterbücher zurückzugreifen, findet sich später auch bei OLG Stuttgart WRP 2017, 107 ff.

<sup>34</sup> In Anlehnung an viel zitierten Fall RGZ 158, 388 f. („Überfall“ eines Bienenschwarms auf ein Pferdeuhrwerk).

<sup>35</sup> Vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 390, 391.

Kaninchen etc. zu verstehen.<sup>36</sup> Es kommt nicht darauf an, dass die Tiere im „Haus“ gehalten werden, weshalb nicht ausgeschlossen ist, dass auch gezähmte Wildtiere (i.S.v. § 960 III BGB) wie Rehe, Hirsche oder Wildtiere in Gehegen unter den Begriff „Haustier“ fallen, wobei die h.M. eine Ausnahme macht, wenn sie zur Fleischerzeugung gehalten werden<sup>37</sup>. Das überzeugt nicht, da auch Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Geflügel, Kaninchen etc. zur Fleischerzeugung gehalten werden (können) und diese ohne Weiteres dem Haustierbegriff unterfallen. Jedenfalls sind Tiere in Zoos keine „Haustiere“.<sup>38</sup> Und das OLG Stuttgart hat entschieden, dass ein Kamel, das als Reittier auf einem Kamelhof eingesetzt wird, weder ein Haus- noch ein Nutztier ist. Somit könne der Kamelführer sich nicht gem. § 833 S. 2 BGB auf das Privileg des Haustierhalters berufen, sich durch Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens von der Haftung befreien zu können.<sup>39</sup>

Letztlich wird man bei der Frage, ob ein Tier ein „als Nutztier gehaltenes Haustier“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB ist, darauf abstellen müssen, ob es in der Hauswirtschaft zwecks dauernder Nutzung oder Dienstleistung gezüchtet und gehalten wird und dabei aufgrund von Erziehung und Gewöhnung an die Beaufsichtigung dem beherrschenden Einfluss des Halters untersteht<sup>40</sup> (Domestiziertheit). Diese Formel ist gegenüber der Fallgruppenorientierung vorzuziehen, weil sich die Begriffe „Haustier“ und „Nutztier“ nicht an einzelnen Tiergattungen festmachen lassen. Ob die (generelle) Möglichkeit der Domestikation bei Wildschweinen besteht, ist zweifelhaft. Nur, wenn man das annimmt, ist im vorliegenden Fall § 833 S. 2 BGB anwendbar.

Ergebnis: Zwar ist unter Zugrundelegung des allgemeinen Wortsinns und des allgemeinen Sprachgebrauchs zweifelhaft, ob Wildschweine, auch wenn sie in Gehegen gehalten werden, „Nutztiere“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB sind, da § 833 S. 2 BGB eine Haustiereigenschaft voraussetzt. Bejaht man das aber, indem man eine Domestizierbarkeit annimmt und E die Tiere als Nutztiere einsetzt, kommt ihm die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB zugute. Durch die Einzäunung hat er zudem die für die Beaufsichtigung der Tiere erforderliche Sorgfaltspflicht eingehalten und kann damit die Verschuldensvermutung widerlegen. E haftet daher nicht – weder aus § 833 BGB noch aus § 823 BGB.

Fraglich kann allein sein, inwieweit dem Wortsinn eine Begrenzungsfunktion beizumessen ist. Was nicht dem Wortsinn zu entnehmen ist, könnte *per se* über die Norm hinausgehen. Im Strafrecht ist aufgrund des Analogieverbots zu Lasten des Beschuldigten (Art. 103 II GG; einfachgesetzlich § 1 StGB) klar, dass der Wortsinn einer Norm gleichzeitig die Grenze der Auslegung bildet. Im bürgerlichen Recht (und auch im öffentlichen Recht) gilt das wegen der Bindung an das Gesetz (Art. 20 III, Art. 97 I GG) zwar auch, jedoch braucht das Gericht (bzw. der Rechtsanwender) am Wortsinn einer Norm nicht zwingend Halt zu machen, um die Norm anwenden zu können. Überschreitet der Rechtsanwender Wortsinn bzw. Ratio der Norm, legt er sie aber nicht mehr aus<sup>41</sup>, sondern bildet das Recht fort. Die **Rechtsfortbildung** unterliegt anderen Kriterien.<sup>42</sup> In Bezug auf den Bienenfall, an den der obige Wildschweinfeld angelehnt war, war das Auslegungsergebnis des Reichsgerichts in Bezug auf die Frage, ob Bienen Nutztiere i.S.d. § 833 S. 2 BGB sind, jedoch noch vom möglichen Wortsinn des Begriffs gedeckt, da Bienen nicht domestizierbar sind und daher nicht dem Begriff „Nutztier“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB unterfallen.

28a

## b. Systematische Auslegung

Ist der Wortlaut offen bzw. lässt sich der mögliche Wortsinn eines Begriffs nicht eindeutig bestimmen, was insbesondere bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen

29

<sup>36</sup> Wohl einhellige Auffassung, vgl. nur *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16.

<sup>37</sup> Vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1991, 1500, 1501; *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16. Vgl. insgesamt dazu *Bocianiak*, VersR 2011, 981, 984.

<sup>38</sup> *Werner*, NJW 2012, 1048 f.

<sup>39</sup> OLG Stuttgart MDR 2018, 1183.

<sup>40</sup> RGZ 158, 388 f.

<sup>41</sup> Vgl. etwa BGHZ 46, 74, 76.

<sup>42</sup> Vgl. dazu unten Rn 33 ff. sowie *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 224.

der Fall ist, sind zur Auslegung weitere Methoden heranzuziehen. So geht die systematische Auslegung von der Stellung der Vorschrift im bereichsspezifischen Normengefüge und der des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung aus („sachlicher Zusammenhang“). Diese Auslegungsmethode geht also von der Prämisse aus, dass die auszulegende Norm Teil des Gesamtsystems ist und daher nicht isoliert betrachtet werden kann. Die anderen Normen aus dem bereichsspezifischen Normengefüge sind also bei der Auslegung der in Rede stehenden Norm heranzuziehen.

**Beispiel:** Die Tatbestände der unerlaubten Handlung sind in §§ 823 ff. BGB geregelt, die Bestimmungen über den Umfang der Schadensersatzpflicht in §§ 249 ff. BGB. Die Haftung des Tierhalters ist in § 833 S. 1 BGB geregelt und setzt kein Verschulden voraus (sog. Gefährdungshaftung). Damit unterscheidet sie sich von anderen Tatbeständen der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff. BGB). Das wirft die Frage auf, ob hinsichtlich des Umfangs der Schadensersatzpflicht trotzdem auf §§ 249 ff. BGB zurückgegriffen werden kann. Wenn man bedenkt, dass sich die §§ 249 ff. BGB nicht auf den Haftgrund *unerlaubte Handlung* beschränken, sondern sich auf alle Haftgründe beziehen (so auch z.B. auf Vertragsverletzungen), wird klar, dass die §§ 249 ff. BGB auch für den Haftgrund aus § 833 S. 1 BGB Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs bestimmen. Zudem ist die Haftung des Tierhalters ebenfalls im Titel über die „Unerlaubten Handlungen“ geregelt, sodass die Bestimmungen dieses Titels über den *Umfang* der Haftpflicht (§§ 249 ff. BGB) auch aus diesem Grund anzuwenden sind.

- 29a** Im Rahmen der systematischen Auslegung ist schließlich der Grundsatz der „**Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**“ zu beachten: Eine Vorschrift oder eine Tatbestandsvoraussetzung soll grds. nicht im Widerspruch zu anderen Regelungen (auch nicht zu solchen anderer Gesetze oder anderer Rechtsgebiete) stehen.

**Beispiel:** Gemäß § 242 I StGB wird bestraft, wer (unter weiteren in der Vorschrift genannten Voraussetzungen) einem anderen eine fremde bewegliche Sache wegnimmt. Die Begriffe „fremd“ und „Sache“ werden weder in § 242 I StGB noch an anderer Stelle im StGB definiert. Daher werden (auch um Wertungswidersprüche zu vermeiden) bei der Auslegung des Begriffs „fremd“ in § 242 I StGB die zivilrechtlichen Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Eigentums (§§ 929 ff. BGB) herangezogen. Auch bei der Auslegung des Begriffs „Sache“ in § 242 I StGB wird ganz herrschend der Sachbegriff der §§ 90, 90a BGB herangezogen. Danach werden nur körperliche Gegenstände (und Tiere) erfasst, die nicht im Alleineigentum des Täters stehen und auch nicht herrenlos sind.

- 29b** Allerdings gibt es auch Abweichungen zu diesem Grundsatz, nämlich, wenn Normen, die zwar sprachlich identische Begriffe verwenden, jedoch unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen. Dann kann es angebracht sein, auch gleichlautende Begriffe unterschiedlich zu verstehen.

**Beispiel:** Gemäß § 201 I Nr. 1 StGB wird bestraft, wer das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt. Gemeint sind damit heimliche Sprachaufnahmen unter Verletzung des durch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG geschützten persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs. Dementsprechend wird man den Begriff „nichtöffentlich“ so verstehen müssen, dass er immer dann vorliegt, wenn das Wort nicht an die Allgemeinheit gerichtet ist, d.h., wenn es nicht über einen abgegrenzten Personenkreis hinaus wahrnehmbar gesprochen wird.<sup>43</sup> Würde also ein Studierender das in einer Lehrveranstaltung gesprochene Wort des Dozenten heimlich aufnehmen, läge darin eine Verwirklichung des § 201 I Nr. 1 StGB, weil das Wort nur gegenüber einem abgegrenzten Personenkreis und nicht gegenüber der Allgemeinheit abgegeben wurde. Etwas anderes gilt in Bezug auf § 60a I Nr. 1 UrhG. Danach dürfen zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen zu nicht kommerziellen Zwecken bis zu 15 % eines veröffentlichten

---

<sup>43</sup> Allgemeine Auffassung, vgl. nur *Fischer*, § 201 StGB Rn 3.

Werkes (etwa eines Lehrbuchs) öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich wiedergegeben werden. Würde man hier den Begriff „öffentlich“ ebenfalls so verstehen, dass damit eine Adressierung an die Allgemeinheit, also an einen über einen abgegrenzten Personenkreis hinausgehenden Personenkreis gemeint ist, dürften die besagten 15 % eines Werkes bspw. frei im Internet veröffentlicht und damit frei zugänglich gemacht werden. Das kann ersichtlich nicht richtig sein und hätte schon vor dem Hintergrund des Art. 14 I S. 1 GG (hier: Urheber- und Verwertungsrechte von Autor und Verleger) keinen Bestand. Daher wird man den Begriff „öffentlich“ in § 60a I Nr. 1 UrhG so verstehen müssen, dass nur eine Zurverfügungstellung an einen bestimmten Adressatenkreis (etwa an die im Kurs angemeldeten Studierenden) zulässig ist.

### c. Teleologische Auslegung

Mit Hilfe dieser Auslegungsmethode wird der **Zweck** (die Ratio) der Norm ermittelt. Gefragt wird, welches Ziel mit der betreffenden Norm verfolgt wird bzw. erreicht werden soll. Ziel ist es, ungerechte und/oder sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden.<sup>44</sup>

30

**Beispiel**<sup>45</sup>: § 833 BGB regelt die sog. Tierhalterhaftung. Derjenige, der ein Tier hält, haftet gem. § 833 S. 1 BGB verschuldensunabhängig für das Verhalten seines Tieres. Allerdings enthält das Gesetz keine Definition darüber, wann jemand als „Tierhalter“ gilt. Fraglich ist daher, ob auch jemand, der das Tier nur kurzfristig und in fremdem Interesse in seine Obhut nimmt (wie etwa der Finder eines entlaufenden Haustieres), als „Tierhalter“ gilt und daher ohne Rücksicht auf sein Verschulden der strengen Haftung unterliegt. Würde man hier eine Haftung nach § 833 S. 1 BGB annehmen, wäre dies mit dem Zweck der Gefährdungshaftung nicht vereinbar. Die strenge Haftung kann vernünftigerweise nur demjenigen auferlegt werden, der über das Tier im eigenen Interesse eine nicht nur vorübergehende Herrschaft ausübt. Denn er ist am ehesten in der Lage, das Risiko durch vorbeugende Maßnahmen zu beherrschen und etwa durch Abschluss einer Tierhalterhaftpflichtversicherung aufzufangen.

Die teleologische Auslegung gilt auch gesetzesübergreifend, jedenfalls sofern die Gesetze von demselben Gesetzgeber erlassen wurden.

30a

**Beispiel:** Gemäß § 11c TierSchG dürfen ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten Wirbeltiere (etwa Hunde, Katzen, Kaninchen, Meerschweinchen etc.) an Kinder oder Jugendliche bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nicht abgegeben werden. Was unter „Einwilligung“ zu verstehen ist, definiert das Gesetz nicht. Aus § 183 S. 1 BGB ergibt sich aber, dass der Begriff „Zustimmung“ den Oberbegriff darstellt und dass „Einwilligung“ die *vorherige* Zustimmung bedeutet und nicht mit der Genehmigung, also der *nachträglichen* Zustimmung (§ 184 I BGB), gleichgesetzt werden darf. Verwendet also der Gesetzgeber in § 11c TierSchG den Begriff „Einwilligung“ statt „Zustimmung“, deutet dies darauf hin, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der nachträglichen Zustimmung ausschließen wollte. Diese wörtliche Auslegung des Tatbestands dürfte aber nicht der Ratio des Gesetzes entsprechen. Denn ließe man die nachträgliche Genehmigung nicht zu, führte dies dazu, dass der Erwerb des Tieres trotz nachträglicher Erlaubnis des Erziehungsberechtigten wegen § 134 BGB (§ 11c TierSchG ist ein „Verbotsgesetz“) nichtig wäre und neu vorgenommen werden müsste. Dies kann auch vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt sein. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber auch die Genehmigung zulassen wollte und den Begriff „Einwilligung“ lediglich aus Unachtsamkeit in die Gesetzesfassung aufnahm. Zu § 11c TierSchG vgl. auch Rn 972.

<sup>44</sup> Zur – weiterführenden – teleologischen Reduktion bzw. teleologischen Extension siehe Rn 49 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Köhler, AT, § 4 Rn 18. Vgl. auch Rn 867 und 868.

## d. Historische und genetische Methode

- 31 Bei der historischen Auslegung geht es darum, Erkenntnisse aus der geschichtlichen Entwicklung der Norm zu gewinnen, insbesondere frühere Fassungen der Norm, ähnliche Gesetze und deren Änderungen zu berücksichtigen. Die genetische Auslegung stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und zieht Reformvorschläge und Gesetzesmaterialien (Gesetzesvorlagen, Protokolle des Parlaments und seiner Ausschüsse etc.) heran, um den Willen des Gesetzgebers zu erkunden.

**Beispiel:** Unter Berufung auf die in Art. 6 I GG verankerten „unveränderlichen Strukturprinzipien“ einer Ehe, zu denen die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner gehöre<sup>46</sup>, sowie den historischen Gesetzgeber (hier: den Parlamentarischen Rat) geht (trotz der am 1.10.2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderung in § 1353 I S. 1 BGB<sup>47</sup>) die nach wie vor h.M. im Verfassungsrecht davon aus, dass eine Ehe wirksam nur zwischen einem Mann und einer Frau geschlossen werden könne. Insbesondere das BVerfG begründet(e) das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit mit der „idealtypischen Funktion der Ehe“, der Möglichkeit zur Gründung einer Familie, die auf natürliche Weise aus biologischen Gründen nur verschiedengeschlechtlichen Paaren gegeben sei. Die Ehe sei „von Natur aus“ auf die potentiell aus ihr hervorgehende Familie und die Fähigkeit, Nachkommen zu zeugen, ausgerichtet und gelte als „Keimzelle einer jeden menschlichen Gemeinschaft“<sup>48</sup>. Die Erzeugung von Nachkommen und die Familiengründung seien geradezu der Zweck sowie die „natürliche Folge“ einer Ehe.<sup>49</sup> Die Verschiedengeschlechtlichkeit gehöre daher zu den „unveränderlichen Strukturprinzipien“ einer Ehe und sei somit mit Blick auf die Institutsgarantie des Art. 6 I GG unantastbar.<sup>50</sup>

Neben diesen teleologischen Erwägungen (die man freilich nicht teilen muss und die vom Verfasser auch ausdrücklich abgelehnt werden<sup>51</sup>) führt die h.M. auch historische Gründe an. Der historische Gesetzgeber sei ganz selbstverständlich von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner ausgegangen und habe diese zur Grundlage seines Eheverständnisses gemacht.<sup>52</sup> Das überzeugt schon deshalb nicht, weil es in der Debatte im Parlamentarischen Rat primär um die Frage ging, generell den Schutz von Ehe und Familie in das Grundgesetz aufzunehmen.<sup>53</sup> Der zunächst vom Grundsatzausschuss gebilligte Wortlaut: „Die Ehe ist die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau“<sup>54</sup> wurde später vom Hauptausschuss ausdrücklich nicht angenommen. Dort verständigte man sich vielmehr auf die Fassung: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“.<sup>55</sup> Einen Willen des historischen Gesetzgebers, eine Ehe könne nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden, hätte man daher jedenfalls dann annehmen können, wenn er den vom Grundsatzausschuss gebilligten Textentwurf übernommen hätte. Indem er diesen aber gerade nicht übernommen, sondern sich für eine offene Formulierung in Art. 6 I GG entschieden hat, kann dem Willen des historischen Gesetzgebers also gerade nicht entnommen werden, dass er einen Verfassungs- bzw. Bedeutungswandel des Ehebegriffs für alle Zeiten ausschließen wollte. Zudem hat die historische Auslegung auch nur eine untergeordnete Bedeutung, jedenfalls, wenn der Gesetzerlass nunmehr über 70 Jahre zurückliegt.

<sup>46</sup> BVerfGE 105, 313, 345. Vgl. auch BVerfG NJW 1993, 3058; BVerwG NVwZ 1997, 189, 190; *Pieroth/Kingreen*, KritV 2002, 219, 239; *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393, 394.

<sup>47</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 – BGBl I 2017, S. 2787. Siehe auch BT-Drs. 18/6665, S. 5 ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 6, 55, 71.

<sup>49</sup> Vgl. *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 6 Rn. 4; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 143 f.; *Kreß*, ZRP 2012, 234, 235.

<sup>50</sup> BVerfGE 105, 313, 345. Vgl. auch BVerfG NJW 1993, 3058; BVerwG NVwZ 1997, 189, 190; BVerfGE 115, 1, 19; *Pieroth/Kingreen*, KritV 2002, 219, 239; *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393, 394.

<sup>51</sup> Siehe zur Argumentation *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2019, Rn 20a ff.

<sup>52</sup> So *Uhle*, in: BeckOK, GG, Art. 6 Rn 4.

<sup>53</sup> *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 93-99.

<sup>54</sup> *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 98.

<sup>55</sup> *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 99.

## e. Verfassungskonforme Auslegung

Ausgangspunkt dieser Auslegungsmethode ist, dass alle Gesetze mit der Verfassung vereinbar sein müssen. Ist eine Norm ihrem Wortlaut nach unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich, lässt aber auch eine Auslegung i.S. der Verfassung zu, ist sie nur mit *dieser* Auslegung verfassungsmäßig und gültig.<sup>56</sup> Von mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist also diejenige zu wählen, die den Wertentscheidungen des Grundgesetzes entspricht.

32

**Beispiel:** Die verschuldensunabhängige Haftpflicht nach § 833 S. 1 BGB greift stärker in die Grundrechte (hier: Art. 14 I, 12 I, 2 I GG) des Halters ein als die verschuldensabhängige Haftung nach § 823 I BGB. Um daher nicht gegen die genannten Grundrechte zu verstoßen, müssen schon strenge Voraussetzungen an die Haftung gestellt werden. Wenn man sie jedoch nur demjenigen auferlegt, der über das Tier im eigenen Interesse eine nicht nur vorübergehende Herrschaft ausübt und auch den Nutzen aus der Tierhaltung zieht, ist die Norm verfassungsgemäß. Zudem steht es dem Tierhalter frei, sein Haftungsrisiko über den Abschluss einer Tierhalterhaftpflichtversicherung aufzufangen.

Der verfassungskonformen Auslegung wird auch der Grundsatz der **Einheit der Rechtsordnung** zugeschrieben. Dieser Grundsatz greift, wenn zwei Normen derselben Rechtsordnung widersprüchliche Ergebnisse hervorbringen. Dann gebietet es die objektive Werteordnung des Grundgesetzes, dass die Normen harmonisierend ausgelegt werden. Was also z.B. zivilrechtlich erlaubt ist, darf nicht strafrechtlich erfasst sein. Daher wirken zivilrechtliche (und auch verwaltungsrechtliche) Erlaubnissätze auch strafrechtlich rechtfertigend.<sup>57</sup>

32a

## f. Europarechtskonforme Auslegung

Ausgangspunkt dieser Auslegungsmethode ist, dass das EU-Recht gegenüber dem nationalen Recht **Anwendungsvorrang** hat. Anwendungsvorrang bedeutet, dass das höherrangige Recht das entgegenstehende niederrangige lediglich suspendiert, d.h. in der Anwendung sperrt, nicht aber – wie das beim Geltungsvorrang der Fall wäre – derogiert, also nicht dessen Ungültigkeit (Nichtigkeit) herbeiführt.<sup>58</sup> Widerspricht also eine Vorschrift des nationalen Rechts ihrem Wortlaut nach dem EU-Recht, könnte daraus folgen, dass sie nicht anwendbar ist. Dieser Gedanke greift aber zu kurz. Denn bevor eine Norm für mit einer höherrangigen Norm unvereinbar erklärt wird, muss sie nach Möglichkeit zunächst dem höherrangigen Recht entsprechend ausgelegt werden. Nur, wenn sie nicht im Sinne der höherrangigen Norm ausgelegt werden kann (etwa, weil der Wortlaut keine weitere Auslegung mehr zulässt), ist sodann durch teleologische Reduktion/Extension (Rn 49 ff.) zu versuchen, sie an das höherrangige Recht anzupassen, was durch (richterliche) Rechtsfortbildung geschieht. Erst, wenn auch dies nicht möglich ist, greift (bzgl. des EU-Rechts) der Anwendungsvorrang mit der Folge, dass die widersprechende nationale Norm nicht anwendbar ist. Es ist folgerichtig zu differenzieren:

33

- **Auslegung möglich, da Wortsinn auslegungsfähig:** Ist der Wortlaut der nationalen Norm auslegbar, ist diese i.S.d. EU-Rechts auszulegen.<sup>59</sup> Namentlich geht es um nationale

33a

<sup>56</sup> Vgl. nur BVerfGE 59, 336, 350 f. Zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung vgl. *Rieger*, NVwZ 2003, 17 ff.

<sup>57</sup> Zu den Besonderheiten im Strafrecht vgl. *R. Schmidt*, StraFR AT, 22. Aufl. 2021, Rn 49.

<sup>58</sup> Vgl. nur EuGH Slg. 1964, 1251 ff.; vgl. auch EuGH Slg. 1970, 1125 ff. (Internationale Handelsgesellschaft), aufgegriffen in EuGH NJW 2013, 1215 ff. (Melloni); BVerfGE 89, 155 ff. (Maastricht); bestätigt in BVerfGE 102, 147 ff. (Bananenmarktordnung), BVerfGE 126, 286, 302 (Honeywell bzw. Mangold) und BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 (Identitätskontrolle). Siehe auch BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Bestätigt in BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II) und BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 21s und 354 ff.

<sup>59</sup> Vgl. dazu nur EuGH NJW 2011, 2269 ff. (Weber und Putz); BGH NJW 2017, 1093, 1095 ff. (Faber).

Vorschriften, die in Umsetzung einer EU-Richtlinie erlassen wurden. Solche nationalen Vorschriften sind – sofern sie auslegbar sind – stets richtlinienkonform auszulegen<sup>60</sup>, d.h. im Zweifel dem Wortlaut, dem Zweck, der Entstehungsgeschichte und den Erwägungsgründen der Richtlinie entsprechend.<sup>61</sup> Das folgt nicht nur unmittelbar aus Art. 4 III EUV (Gebot der Unionstreue) und Art. 288 IV AEUV (Verbindlichkeit von Richtlinien), sondern ergibt sich auch aus dem den Unionsverträgen zugrunde liegenden *Effet-utile*-Prinzip (d.h. dem Effizienzgebot, eine Norm so auszulegen und anzuwenden, dass die Ziele der Union bestmöglich erreicht werden), das beeinträchtigt würde, wenn nationale Bestimmungen im Kollisionsfalle dem EU-Recht vorgingen. Ist eine richtlinienkonforme Auslegung also möglich, ist die nationale Vorschrift entsprechend der Richtlinie auszulegen.

So kommt es nach der Rechtsprechung bei dem Unternehmerbegriff nach § 14 I BGB (anders als im Steuerrecht oder im Handels- bzw. Gewerberecht!) zunächst auf eine **Gewinnerzielungsabsicht nicht an**.<sup>62</sup> Danach entscheidet also nicht das Ziel, mit der Tätigkeit Gewinn zu erwirtschaften, sondern vielmehr der Umfang der Geschäftstätigkeit, sodass sogar lediglich kostendeckende nebenberufliche und hobbymäßig ausgeübte Tätigkeiten erfasst sein können, solange sie nur von gewisser Regelmäßigkeit<sup>63</sup> und nicht nur von unerheblichem Umfang sind. Folge ist, dass eine Unternehmereigenschaft i.S.d. § 14 I BGB auch dann vorliegen kann, wenn eine Unternehmereigenschaft nach Handels- und Gewerberecht (wegen Bagatelcharakters, siehe § 1 II HGB) sowie nach Steuerrecht<sup>64</sup> nicht gegeben ist. Insofern hat **Art. 2 Nr. 3 WKRL**<sup>65</sup>, der (wie im Übrigen auch schon Art. 2 Nr. 2 VRRL<sup>66</sup>) eine **geschäftliche Tätigkeit** genügen lässt, diese Entwicklung lediglich nachgezeichnet, ihr aber immerhin für Warenkäufe eine normative Verbindlichkeit verliehen. Eine strengere Handhabung des warenkaufrechtlichen Unternehmerbegriffs wäre aufgrund des insoweit zwingenden Charakters der Warenkaufrichtlinie europarechtswidrig.

**Beispiel:** Folge des unionsrechtlich determinierten Unternehmer- bzw. Verkäuferbegriffs ist, dass bspw. eine Hobbymopszüchterin, die einmal pro Jahr Welpen verkauft und dabei nur ihre Kosten decken möchte, trotz der damit verbundenen Verneinung einer Kaufmanneigenschaft als Unternehmerin i.S.d. § 14 I BGB gelten dürfte mit der Folge, dass Käufern von Hunden umfangreiche Verbraucherschutzrechte zustehen. Mit dem Wortlaut des § 14 I BGB („gewerblich“ oder „selbstständig“) ist dies freilich nur schwer zu vereinbaren, aufgrund des Art. 2 Nr. 3 WKRL (wie des Art. 2 Nr. 2 VRRL) aber geradezu angezeigt, wenn man davon ausgeht, dass das Merkmal „geschäftlich“ in Abgrenzung zu „gewerblich“, „handwerklich“ und „beruflich“ eine rein auf Wiederholung, Wiederkehr bzw. Regelmäßigkeit angelegte, nicht notwendig mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführte Tätigkeit genügen lässt.<sup>67</sup>

Als Fazit lässt sich also sagen: Im Anwendungsbereich der **Warenkaufrichtlinie** (und der Verbraucherrechterichtlinie) kommt es für die Unternehmereigenschaft auf die Haupt- oder Nebenberuflichkeit der Tätigkeit ebenso wenig an wie auf eine Gewerblichkeit oder Gewinnorientiertheit. Immerhin spielt im Rahmen der Warenkaufrichtlinie die

<sup>60</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit etwa EuGH EuZW 2013, 66 ff.; BGH NJW 2017, 1093, 1095 ff. (Faber).

<sup>61</sup> Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. etwa BGH NJW 2017, 1093, 1095 ff. (Faber).

<sup>62</sup> Siehe nur BGH NJW 2006, 2250, 2251; BGH NJW 2018, 150, 153; OLG Braunschweig MDR 2018, 1450.

<sup>63</sup> Siehe dazu EuGH ZIP 2019, 37 ff. – allerdings zum Begriff des Gewerbetreibenden i.S.d. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

<sup>64</sup> Siehe dazu FG Münster EFG 2021, 1151, 1152 f.

<sup>65</sup> **Warenkaufrichtlinie** (Richtlinie (EU) 2019/771 – WKRL), die der Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen hatte, was zur Einfügung u.a. der §§ 475b ff. in das BGB führte. Diese Vorschriften regeln den Sachmangel bei Waren mit digitalen Elementen im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs. Waren mit digitalen Elementen sind nach der ebenfalls am 1.1.2022 in Kraft getretenen Legaldefinition in § 327a III S. 1 BGB Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB setzen wiederum die EU-Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung **digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen** (DIRL) um und enthalten u.a. eigene Vorschriften über Produktmängel (§ 327e BGB) bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte.

<sup>66</sup> **Verbraucherrechterichtlinie** 2011/83/EU (VRRL).

<sup>67</sup> Mit dem Genügenlassen einer „geschäftlichen“ Tätigkeit hat sich Art. 2 Nr. 3 WKRL vom Begriff des Verkäufers nach Art. 1 II c) der abgelösten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG distanziert. Dort hieß es: Verkäufer ist „jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Vertrags im Rahmen ihrer ‚beruflichen‘ oder ‚gewerblichen‘ Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft“.

Entgeltlichkeit der Leistung eine Rolle (weil anderenfalls schon kein Kaufvertrag vorläge). Ausreichend ist nach Art. 2 Nr. 3 WKRL (und nach Art. 2 Nr. 2 VRRL) eine rein **geschäftliche** Tätigkeit, die in Abgrenzung zu „gewerblich“, „handwerklich“ und „beruflich“ nicht unternehmerisch ausgerichtet sein muss, sondern rein auf **Wiederholung, Wiederkehr bzw. Regelmäßigkeit** angelegt ist, wobei jedenfalls bei einem Warenkauf eine Entgeltlichkeit der Leistung zu fordern ist. Insgesamt aber dürfte klar geworden sein, dass im Anwendungsbereich der Warenkaufrichtlinie (und der Verbraucherrechterichtlinie) § 14 BGB richtlinienkonform auszulegen bzw. im Rahmen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung europarechtskonform anzuwenden ist. Die in § 14 BGB genannten Kriterien der Gewerblichkeit und der selbstständigen beruflichen Tätigkeit sind mit der weitergehenden Definition des Art. 2 Nr. 3 WKRL nicht vereinbar. Insoweit ist bei **Warenkäufen** i.S.d. der Warenkaufrichtlinie unmittelbar die Definition des **Art. 2 Nr. 3 WKRL** (und des Art. 2 Nr. 2 VRRL) heranzuziehen. Das hat Auswirkungen überall dort, wo das BGB auf den Unternehmerbegriff des § 14 BGB abstellt, etwa in §§ 241a, 310, 312, 312b, 312c, 312d, 312e, 312f, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 474, 475, 481, 491, 505, 506, 507 und 510 BGB.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die soeben dargestellte Problematik bzgl. der unterschiedlichen „Unternehmerbegriffe“ und des damit verbundenen Verhältnisses zwischen den EU-Richtlinien (hier: der Warenkaufrichtlinie und der Verbraucherrechterichtlinie) und dem nationalen Recht (hier: § 14 BGB) darf in der Fallbearbeitung keinesfalls thematisiert werden, wenn der „Unternehmerbegriff“ nach allen Vorschriften zu bejahen ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Verkäufer die Merkmale der engsten Definition erfüllt, er also die Kriterien des § 14 BGB erfüllt.

- **Auslegung nicht möglich, da möglicher Wortsinn überschritten:** Ist der Wortlaut der nationalen Norm zwingend (bzw. nicht mehr weiter auslegbar, da anderenfalls der mögliche Wortsinn überschritten würde) und verstößt die Norm dann gegen zwingendes bzw. nicht weiter auslegbares EU-Recht, ist die nationale Vorschrift teleologisch zu reduzieren bzw. zu erweitern (siehe dazu Rn 49 ff.). Ist auch das nicht möglich, ist sie ganz oder teilweise schlicht nicht anwendbar. Eine Auslegung am Maßstab des EU-Rechts ist in dieser Konstellation nicht möglich<sup>68</sup>, weil es nichts auszulegen gibt.

33b

**Beispiel:** Nach § 323 I BGB muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist setzen, bevor er vom Vertrag zurücktreten kann. Geht es aber um einen Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I S. 1 BGB, also um einen Kauf, bei dem der Käufer einer Ware (§ 241a I BGB) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist und der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB, sind die Vorgaben der Warenkaufrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/771<sup>69</sup>), hier des Art. 13 IV WKRL, zu beachten, wonach bei einem Verbrauchsgüterkauf der Rücktritt des Verbrauchers (bereits dann) zulässig ist, wenn mindestens einer der in Art. 13 IV WKRL genannten Fälle vorliegt:

- ⇒ Der Verkäufer hat die Nacherfüllung nicht oder nicht im Einklang mit Art. 14 II und III WKRL vorgenommen. Aber auch bei Vornahme der Nacherfüllung ist der Rücktritt zulässig, wenn der Verkäufer die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren nach Art. 13 III WKRL verweigert (a).
- ⇒ Eine Vertragswidrigkeit tritt auf, obwohl der Verkäufer versucht hat, den vertragsgemäßen Zustand der Waren herzustellen (b).
- ⇒ Die Vertragswidrigkeit ist derart schwerwiegend, dass ein sofortiger Rücktritt gerechtfertigt ist (c).
- ⇒ Der Verkäufer hat erklärt oder es ist nach den Umständen offensichtlich, dass er den vertragsgemäßen Zustand der Waren nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird (d).

<sup>68</sup> Davon geht wohl auch *Wernsmann*, NVwZ 2013, 345, aus.

<sup>69</sup> Siehe dazu ausführlich *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 969 ff.

Das Erfordernis einer Fristsetzung in § 323 I BGB widerspricht also dieser Regelung und ist aufgrund des eindeutigen Wortlauts auch nicht „richtlinienkonform auslegbar“. Das könnte dazu führen, dass man diesen Widerspruch durch **teleologische Extension** (dazu Rn 50) bzw. **richterliche Rechtsfortbildung** (dazu Rn 41) „korrigieren“ muss, indem man bei § 323 I BGB im Rahmen von Verbrauchsgüterkaufverträgen das Fristsetzungserfordernis durch das Abwarten einer angemessenen Zeit ersetzt, mit der Folge, dass es auf das Vorliegen eines Entbehrlichkeitsgrundes nach § 440 S. 1 BGB bzw. nach § 323 II BGB nicht ankommt. Das wurde vom Verfasser mit Blick auf Art. 3 V VGKRL, die bis zum 31.12.2021 galt und zum 1.1.2022 durch die WKRL ersetzt wurde, bis zur 18. Auflage vertreten.

Nunmehr hat aber der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.1.2022 die in der WKRL genannten Gründe mit § 475d I BGB im Wesentlichen (aber nicht exakt) nachgezeichnet. Hinsichtlich der „angemessenen Frist“ (d), die mit § 475d I Nr. 1 BGB umgesetzt wurde, wird deutlich, dass es einer Fristsetzung nicht bedarf, sondern genügt, wenn der Verbraucher eine angemessene „Frist“ abwartet, was seinerseits aber nicht korrekt ist, weil man eine Frist setzen muss und nicht abwarten kann. Zutreffend ist die englische Sprachfassung, wo es heißt: „within a reasonable time“, also „innerhalb einer angemessenen Zeit“, und von einer „Frist“ („to fix a time limit“) nichts zu lesen ist. Es genügt also, dass der Verbraucher den Unternehmer zur Nacherfüllung auffordert und dann eine „angemessene Zeit“ abwartet. Nach Ablauf dieser „Wartezeit“ kann er den Rücktritt erklären (sofern kein Versagungsgrund vorliegt). § 475d I Nr. 1 BGB, der von „Frist“ spricht, ist daher mittels europarechtskonformer Rechtsfortbildung so zu lesen, als stünde dort „Zeit“, um der zutreffend formulierten englischsprachigen Fassung des Art. 13 WKRL nachzukommen.

- 33c** ■ **Besonderheiten bei Vollharmonisierung:** Lässt eine Vorschrift des (umzusetzenden) EU-Rechts dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum (weil sie eine einheitliche Regelung im EU-Raum, d.h. Vollharmonisierung bezweckt, wie das bei der Warenkaufrichtlinie der Fall ist), sind die Anforderungen an eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts noch strenger. In diesem Fall wird das EU-Recht den Rechtsanwender regelmäßig zwingen, eine nicht im Sinne der Richtlinie auslegbare Vorschrift des nationalen Rechts **teleologisch einzuschränken oder zu erweitern** (zu diesen Methoden vgl. Rn 49-50a), um ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen. Diese kann ggf. auch im Rahmen einer (**richterlichen**) **Rechtsfortbildung** zu korrigieren sein oder sie ist (partiell) **nicht anwendbar**.

So ist bei einem Verbrauchsgüterkauf **ein Ausschluss der Gewährleistung grundsätzlich unwirksam**. Das ergibt sich aus § 476 I S. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung kann sich der Unternehmer auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433-435, 437, 439-441 und 443 BGB sowie von den Vorschriften der §§ 474 ff. BGB abweicht, nicht berufen. Das gilt selbst dann, wenn sich der Verbraucher mit dem Gewährleistungsausschluss einverstanden erklärt oder diesen sogar anbietet, um den Kaufvertrag überhaupt abschließen zu können. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass beim Verbrauchsgüterkauf der Gesetzgeber die Gewährleistungsrechte der Dispositionsbefugnis der Parteien entziehen wollte. Das gilt auch für den von der Norm des § 476 BGB geschützten Verbraucher. Dieser kann auf seinen Schutz insoweit nicht verzichten (die von § 476 I S. 1 BGB genannten Vorschriften sind insoweit zwingendes Recht).

Allerdings gewährt das Verbrauchsgüterkaufrecht auch **Abweichungsmöglichkeiten**. So können gem. § 476 I S. 2 BGB die Vertragsparteien vereinbaren, dass sie von den Anforderungen nach § 434 III BGB oder § 475b IV BGB abweichen, sofern sie diese Vereinbarung vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer treffen. Voraussetzungen für die Abweichung sind ausweislich des Wortlauts des § 476 I S. 2 BGB aber zuzätzlich,

- ⇒ dass der Unternehmer den Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt hat, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht (Nr. 1),

- ⇒ und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2).

Der Verbraucher muss also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags **eigens darüber in Kenntnis gesetzt** worden sein. Damit ist gemeint, dass die Inkenntnissetzung vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgt sein muss. Zudem muss der Verbraucher bei Abschluss des Kaufvertrags dieser Abweichung **ausdrücklich und gesondert zustimmen** (Art. 7 V WKRL), wobei § 476 I S. 2 Nr. 2 BGB in Abweichung zu Art. 7 V WKRL eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung der Abweichung im Vertrag verlangt.

Die deutsche Fassung (§ 476 I S. 2 Nr. 2 BGB) weicht also von der des Art. 7 V WKRL ab, was aber nach Art. 4 WKRL nicht zulässig ist. Danach ist es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus einzuführen. Lediglich dem Verkäufer ist es anheimgestellt, dem Verbraucher Vertragsbedingungen anzubieten, die über den in der WKRL vorgesehenen Schutz hinausgehen (Art. 21 II WKRL).

Möchte also der Unternehmer von den Anforderungen des § 434 III BGB oder des § 475b IV BGB (zum Nachteil des Verbrauchers) abweichen, muss er den Verbraucher vor Vertragsschluss „eigens“ (i.S.v. speziell oder besonders) darauf hinweisen und die Abweichung muss gem. § 476 I S. 2 Nr. 2 BGB (richtlinienwidrig) im Vertrag, jedenfalls aber ausdrücklich und gesondert vereinbart werden. Damit soll offenbar vermieden werden, dass der Verkäufer den Verbraucher zu „übereumpeln“ versuchen könnte, wenn er die an sich zulässigen Abweichungen von den Verbraucherrechten erst im Kaufvertrag und zudem an „versteckter“ Stelle erwähnt. Die nach § 476 I S. 2 Nr. 2 BGB zulässigen Abweichungen von den Anforderungen nach § 434 III BGB oder § 475b IV BGB müssen also (im Vertrag) deutlich erkennbar so platziert werden, dass sie vom Verbraucher ohne weiteres wahrgenommen werden können. Aufgrund der Vorgabe „gesondert“ wird man eine räumliche Abgrenzung zum eigentlichen Vertragstext fordern müssen, ähnlich wie das bei Belehrungen über Widerrufsrechte oder Datenerhebungseinverständniserklärungen gehandhabt wird („Ausdrücklichkeitserklärung“). Gleichwohl darf nicht übersehen werden: Der vollharmonisierend wirkende Art. 7 V WKRL verlangt, dass der Verbraucher bei Abschluss des Kaufvertrags dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zugestimmt hat. Das Merkmal „gesondert“ wird man also so verstehen müssen, dass die Zustimmung separat erfolgen muss (und nicht im Vertrag – wenn auch „räumlich gesondert“ – erfolgen darf). Die Kollision mit Art. 7 V WKRL wird man – da eine Auslegung insoweit nicht möglich ist – über den Anwendungsvorrang des EU-Rechts lösen müssen: Der Art. 7 V WKRL entgegenstehende Textbestandteil „im Vertrag“ in § 476 I S. 2 Nr. 2 BGB ist **nicht anwendbar**.

**Beispiel:** Bietet V in seinem Onlineshop sog. B-Ware (Ausstellungsstücke/Vorfühware mit leichten Gebrauchsspuren; Artikel mit fehlender Originalverpackung etc.) an, liegt darin noch kein Sachmangel, sofern sich die Artikel für die gewöhnliche Verwendung eignen, eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache erwarten kann, oder sie mit einer Verpackung übergeben werden, die der Käufer erwarten kann (§ 434 III S. 1 Nr. 1, 2a und 4 BGB). Bei einem Ausstellungsstück, einer Vorfühware oder Gebrauchtware muss der Käufer also Gebrauchsspuren, Kratzer etc. hinnehmen, soweit sie nicht über das übliche Maß hinausgehen. Lediglich, wenn der Kaufgegenstand darüber hinausgehende Defizite aufweist, liegt ein Sachmangel i.S.v. § 434 III BGB vor, außer, es wurde „wirksam etwas anderes vereinbart“ (§ 434 III S. 1 BGB) – „negative Beschaffenheitsvereinbarung“. Bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag muss jedoch gem. § 476 I S. 2 BGB der Unternehmer den Verbraucher

- ⇒ vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis setzen, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und
- ⇒ die Abweichung muss (im Vertrag) ausdrücklich und gesondert vereinbart werden.

Während das „eigens davon in Kenntnis setzen“ bspw. durch eine Produktbeschreibung auf der Internetseite erfolgen kann (Beispiel: Hinweis, dass das Produkt Kratzer aufweist, die trotz Vorführobjekts nicht üblich sind), muss die „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ ausdrücklich und gesondert erfolgen. Ob bei Käufen im Onlineshop hierzu das Anklicken einer Checkbox („Ich habe von den Mängeln Kenntnis genommen“) genügt, ist unklar. Zwar dürfte es richtlinienkonform sein, wenn die Zustimmung des Verbrauchers mittels Schaltfläche erfolgt (da Art. 7 V WKRL sie nicht „im Vertrag“ fordert). Jedoch darf dies nicht zu unspezifiziert sein, da der Verbraucher zustimmen muss, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht. Die entsprechende Checkbox muss deutlich Bezug nehmen zum konkreten Artikel, dessen Artikelbeschreibung die Abweichungen im Einzelnen enthält.

- 33d** ■ **EU-Primärrecht:** Das soeben Gesagte gilt erst recht bei einer Kollision mit EU-Primärrecht. Auch hier müssen widersprechende nationale Vorschriften am Maßstab des EU-Rechts ausgelegt bzw. teleologisch reduziert oder erweitert werden und schließlich unangewendet bleiben, sollten weder Auslegung noch teleologische Anpassung möglich sein.

**Beispiel:** Bei der Berechnung der Kündigungsfrist gem. § 622 II S. 1 BGB wurden gemäß der bis zum 31.12.2018 geltenden Regelung des § 622 II S. 2 BGB bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. Das konnte zu folgendem Phänomen führen: War bspw. Arbeitnehmer A 30 Jahre alt und seit 5 Jahren bei der X-AG beschäftigt, betrug (und beträgt) gem. § 622 II S. 1 Nr. 2 BGB bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch X die Kündigungsfrist 2 Monate. Wurde demgegenüber dem 27 Jahre alten und ebenfalls seit 5 Jahren bei X beschäftigten Arbeitnehmer B gekündigt, betrug (und beträgt) die Kündigungsfrist gem. § 622 II S. 1 Nr. 1 BGB nur einen 1 Monat, da die ersten 3 Jahre der Beschäftigung (d.h. die Zeit vor dem vollendeten 25. Lebensjahr) wegen § 622 II S. 2 BGB nicht mitgerechnet wurden und B daher so gestellt wurde, als habe das Beschäftigungsverhältnis nur 2 Jahre bestanden.

Nach der zutreffenden Rechtsprechung des EuGH lag darin eine Benachteiligung wegen des Alters (Verstoß gegen Diskriminierungsverbote der Art. 10, 19 AEUV, des Art. 21 GRCh und der RL 2000/78/EG).<sup>70</sup> Da § 622 II S. 2 BGB wegen seines eindeutigen und starren Wortlauts weder auslegbar war noch teleologisch reduziert werden konnte, konnte dem Benachteiligungsverbot nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Norm nicht angewendet wurde. Daher galt auch gegenüber B die 2-monatige Kündigungsfrist, da wegen der Unanwendbarkeit des § 622 II S. 2 BGB die vollen 5 Jahre gerechnet wurden. Mit Wirkung zum 1.1.2019 hat denn auch (endlich) der Gesetzgeber die Vorschrift des § 622 II S. 2 BGB gestrichen.<sup>71</sup>

Da zum EU-Primärrecht auch die **EU-Grundrechtecharta** gehört, sind nationale Regelungen auch daran zu messen und in erster Linie im Lichte des betreffenden anwendbaren EU-Grundrechts auszulegen. Sollte eine Auslegung nicht möglich sein, ist die Vorschrift nach Möglichkeit teleologisch zu reduzieren bzw. zu erweitern. Ist auch dies nicht möglich, greift der Anwendungsvorrang und die niederrangige Vorschrift bleibt unangewendet.

**Beispiel**<sup>72</sup>: Nach § 7 IV BUrIG ist der Erholungsurlaub abzugelten (d.h. auszusahlen), wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Verstirbt nun ein Arbeitnehmer, bevor es zu einer Auszahlung kommt, war es bisherige Rspr., dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub zwar nicht mit dem Tod untergeht<sup>73</sup>, jedoch nicht in die Erbmasse fällt, sodass auch nicht die Erben einen Anspruch auf Auszahlung des nicht genommenen Erholungsurlaubs hatten.

<sup>70</sup> EuGH NJW 2010, 427, 429 f. (Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG). Siehe auch BAG NJW 2011, 3740, 3741; NJW 2011, 1626, 1627 („§ 622 II 2 BGB ist mit Unionsrecht unvereinbar und (...) wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht (...) anzuwenden“).

<sup>71</sup> BGBl I 2018, S. 2651.

<sup>72</sup> Nach EuGH EuZW 2018, 1048 (Bauer und Willmeroth) und BAG NJW 2019, 2046.

<sup>73</sup> EuGH NJW 2014, 2415 f.

Nun aber hat der EuGH in Auslegung des Art. 31 II der EU-Grundrechtecharta entschieden, dass der durch Art. 7 I der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) gewährte Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht mit dem Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis untergehen darf, ohne dass ein Anspruch auf finanzielle Vergütung für diesen Urlaub besteht, der im Wege der Erbfolge auf den Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers überzugehen hat. Sei eine nationale Regelung (wie § 7 IV BUrlG) nicht entsprechend auslegbar, müsse sie unangewendet bleiben; die Erben könnten sich unmittelbar auf das Unionsrecht berufen.<sup>74</sup>

Das BAG hat in Folge dieses Urteils entschieden, dass im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers dessen Erben nach § 1922 I BGB i.V.m. § 7 IV BUrlG Anspruch auf Abgeltung des von dem Erblasser nicht genommenen Urlaubs haben. Dies ergebe sich aus einer EU-konformen Auslegung der §§ 1 und 7 IV BUrlG.<sup>75</sup>

Dass die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers eine finanzielle Vergütung für noch nicht genommenen bzw. abgegoltenen Erholungsurlaub vom Arbeitsgeber des Verstorbenen verlangen können, ist in der Sache richtig. Bezeichnend ist lediglich, dass der EuGH die Vorschrift des § 7 IV BUrlG offenbar für nicht auslegbar hält und daher auf den Anwendungsvorrang zurückgreift, wohingegen das BAG eine europarechtskonforme Auslegung vornimmt.

### g. Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander

Die genannten Auslegungsmethoden stehen (jedenfalls für den Bereich des Zivilrechts) nicht isoliert nebeneinander, sondern im Verhältnis der **wechselseitigen Ergänzung**. Anders als im Strafrecht liegt im Zivilrecht das Schwergewicht nicht allein auf der sprachlich-grammatikalischen, sondern auch auf der teleologischen Auslegung. Je nachdem, ob danach ein Begriff weit oder eng auszulegen ist, spricht man von weiter (**extensiver**) oder enger (**restriktiver**) Auslegung (dazu Rn 49/50). Zu beachten ist jedoch, dass auch die sachgerechte Anwendung der Auslegungsmethoden nicht stets ein eindeutiges, allein „richtiges“ Ergebnis mit sich bringt. Denn dadurch, dass in jede Auslegung auch ein Element persönlicher Wertung und Gewichtung einfließt, kann es sein, dass ein anderer Rechtsanwender trotz Anwendung derselben Auslegungsmethoden zu einem anderen (ebenfalls vertretbaren) Ergebnis gelangt, weil er eine andere Gewichtung der Argumente vorgenommen hat. Daher kommt es auch in der **Fallbearbeitung** in erster Linie nicht auf das gefundene Ergebnis, sondern auf die **Methode der Rechtsfindung** und die **Argumentation** an. In keinem Fall aber darf die Auslegung dazu führen, dass der Bereich (unzulässiger) Rechtsfortbildung erreicht wird.<sup>76</sup>

34

### 3. Konditionale Fassung von Normen

Im Übrigen sind Normen überwiegend nach einem „Wenn-dann-Schema“, also **konditional** gefasst: Wenn ein konkreter Sachverhalt den Tatbestand einer Norm erfüllt, kann, soll oder muss die in der Norm genannte Rechtsfolge eintreten. Rechtstechnisch ist also zwischen dem **Tatbestand** und der **Rechtsfolge** zu unterscheiden.

35

**Beispiel:** S gießt aufgrund einer Unachtsamkeit Kaffee auf das dem G gehörende Smartphone. G lässt es daraufhin reparieren und verlangt von S Erstattung der Reparaturkosten i.H.v. 35 € (= **Sachverhalt**).

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB. Dazu müsste S vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum des G widerrechtlich verletzt haben (= **Tatbestandsvoraussetzungen**).

<sup>74</sup> EuGH EuZW 2018, 1048, 1049 (Bauer und Willmeroth).

<sup>75</sup> BAG NJW 2019, 2046, 2047 f.

<sup>76</sup> Zur verfassungsrechtlichen Problematik (richterlicher) Rechtsfortbildung vgl. sogleich Rn 38-41.

S hat aufgrund einer Unachtsamkeit Kaffee auf das Smartphone des G gegossen. Dadurch wurde das Eigentum des G beschädigt. Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich, sodass die Eigentumsverletzung widerrechtlich erfolgte. S handelte fahrlässig und damit auch schuldhaft (= **Subsumtion**).

Somit ist S dem G zum Schadensersatz verpflichtet (= **Rechtsfolge**).

- 36 Konditional formuliert sind i.d.R. Anspruchsnormen (Anspruchsgrundlagen). Aber auch Vorschriften, die auf eine bestimmte Rechtsfolge hinweisen, ohne einen Anspruch zu begründen, können konditional formuliert sein.

**Beispiel:** Unter Rechtsfähigkeit versteht die Rechtsordnung die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Bei natürlichen Personen tritt Rechtsfähigkeit mit Vollendung der Geburt ein (§ 1 BGB).

Hier ordnet § 1 BGB bei Vorliegen einer bestimmten Voraussetzung (Vollendung der Geburt) eine bestimmte Rechtsfolge (Rechtsfähigkeit) an.

37

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Es findet folgender Prüfungsprozess statt:

- Zunächst ist der Sachverhalt zu ermitteln/zu erschließen.
- Sodann ist die streitentscheidende gesetzliche Norm aufzusuchen und deren Tatbestandsmerkmale sind auszulegen bzw. festzustellen.
- Als Drittes erfolgt die Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand der streitentscheidenden Norm.
- Schließlich ist die Rechtsfolge der Norm festzustellen.

## II. Rechtsfortbildung (insb. Analogie und teleologische Reduktion)

- 38 Nicht selten kommt es vor, dass eine Norm lückenhaft formuliert ist, der zu würdigende Sachverhalt also nicht oder nur teilweise von der einschlägigen Norm erfasst wird. Auch kann es sein, dass eine (gewünschte) Norm gänzlich fehlt. Eine solche **Gesetzeslücke** kann darauf beruhen, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Frage im Gesetz bewusst nicht geregelt (planvolles Unterlassen) oder dass er bei der Schaffung des Gesetzes einen Umstand in nachlässiger Weise nicht bedacht hat (sog. unplanmäßiges Unterlassen). Streiten sich die Parteien über die Handhabung einer Gesetzeslücke, ist es Aufgabe des Rechtsanwenders (d.h. letztlich des Richters), die Lücke durch Auslegung zu ermitteln und – im Rahmen rechtsmethodisch zulässiger Weise – **auszufüllen (ergänzende Auslegung)**. Hierzu hat er zunächst mit Hilfe der bereits geschilderten Auslegungskriterien (Auslegungsmethoden) festzustellen, ob eine Lücke im Gesetz überhaupt vorliegt. Ist dies der Fall, ist freilich zu beachten, dass der Rechtsanwender die Lücke nicht einfach durch eine eigene Wertung schließen darf; anderenfalls würde er sich insoweit an die Stelle des Gesetzgebers setzen; nur dieser ist von Verfassungs wegen berufen, Gesetze zu erlassen.<sup>77</sup> Die Gerichte hingegen sind gem. Art. 97 I GG „dem Gesetze unterworfen“ und (wie die Exekutive) gem. Art. 20 III GG an „Gesetz und Recht gebunden“. Es stellte daher einen Bruch mit dem in Art. 20 II S. 2 GG statuierten Gewaltenteilungsprinzip dar, dürften die Gerichte ohne weiteres Gesetzeslücken durch eine eigene Wertung schließen, (vermeintlich) unvollständige Regelungen ergänzen oder für unbillig empfundene Regelungen durch eigene Regelungen ersetzen. So ist **gesetzesvertretendes** und **gesetzeskorrigierendes** Richterrecht mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip grds. unzulässig. Allerdings darf bzw. muss die Rechtsprechung Gesetze am Maßstab des höherrangigen Rechts nicht nur auslegen, sondern – im Falle eines nicht mehr auslegungsfähigen Wortlauts – unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen einer sogar vom Gesetzgeber in § 132 IV VVG ermöglichten (richterlichen) **Rechtsfortbildung** (dazu Rn 41) auch **teleologisch reduzieren/erweitern** bzw. unangewendet lassen (siehe dazu

<sup>77</sup> Vgl. BVerfG NJW 2011, 836 ff.

Rn 33 ff. und 49a). Erfolgt die Präzisierung, Ergänzung und Vervollständigung (vermeintlich) lückenhafter Gesetze durch den Richter, spricht man von **gesetzeskonkretisierendem** und **lückenfüllendem Richterrecht**.<sup>78</sup>

Obwohl gesetzeskonkretisierendes und lückenfüllendes Richterrecht in gewisser Weise Aufgaben des Gesetzgebers übernimmt und damit mit dem Gewaltenteilungsprinzip kollidiert, ist diese Art von Richterrecht verfassungsrechtlich rechtfertigungsfähig: Dadurch, dass die Gesetze abstrakt-generellen Charakter haben und eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und teilweise auch Generalklauseln beinhalten und somit auch Gesetzeslücken systemimmanent sind, gehört es gerade zu den Aufgaben der Gerichte, unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln zu konkretisieren und auf den zu entscheidenden Fall anzuwenden. Der Gesetzgeber wäre überfordert, müsste er alle denkbaren Fälle antizipiert in den Normen regeln. Anerkannt ist daher auch die Befugnis der Gerichte, für den Fall, dass eine im Sachverhalt auftretende Rechtsfrage gesetzlich nicht geregelt und dies eine versehentliche Gesetzeslücke darstellt, diese Lücke im Wege der **Analogie** zu füllen. Dann kommt eine analoge Anwendung einer Rechtsnorm, die zwar einen anderen Tatbestand, aber die gewünschte Rechtsfolge enthält, in Betracht.

39

Eine **Analogie** setzt voraus, dass

- **kein Analogieverbot** vorliegt (siehe Art. 103 II GG; einfachgesetzlich § 1 StGB und § 3 OWiG; auch im Disziplinarrecht besteht wegen der Sanktionen ein Analogieverbot)
- und eine **Regelungslücke** (d.h. eine Unvollständigkeit im Gesetz) besteht: Für den zu entscheidenden Sachverhalt darf keine Regelung (Rechtsnorm) existieren; es besteht aber eine andere Norm, die, wenn sie den betreffenden Sachverhalt erfasste, die gewünschte Rechtsfolge enthält.
- Sodann muss es die **Interessenlage** gebieten, die Lücke bzw. Unvollständigkeit i.S. der vorhandenen Regelung zu schließen (Interessengleichheit). Der nicht geregelte Fall muss wesentlich vergleichbar sein mit dem gesetzlich geregelten und zwischen den beiden Fällen muss eine vergleichbare Interessenlage bestehen.
- Schließlich muss die Regelungslücke (d.h. die Unvollständigkeit) **planwidrig** (d.h. versehentlich) sein.<sup>79</sup> Das ist der Fall, „wenn sich aufgrund der gesamten Umstände feststellen lässt, dass der Normgeber die von ihm angeordnete Rechtsfolge auch auf den nicht erfassten Sachverhalt erstreckt hätte, wenn er ihn bedacht hätte“.<sup>80</sup> Ist die Regelungslücke hingegen planvoll, d.h. hat der Gesetzgeber absichtlich von einer Regelung abgesehen, darf dieses absichtsvolle Unterlassen nicht durch eine Analogie unterlaufen werden.

40

Analoge Anwendung einer Norm bedeutet, dass bei einem gesetzlich nicht erfassten Sachverhalt die Norm, die analog angewendet werden soll, zwar nicht tatbestandlich auf den zu beurteilenden Sachverhalt passt, aber eine Rechtsfolgenanordnung trifft, die als passend angesehen wird. Dann wird unter den o.g. Voraussetzungen die Rechtsfolge der tatbestandlich nicht passenden Norm auf den zu beurteilenden Sachverhalt übertragen, d.h. die zwar nicht tatbestandlich, aber von ihrer Rechtsfolgenanordnung her passende Norm wird „analog angewendet“.<sup>81</sup>

40a

**Beispiel:** § 1004 BGB regelt den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch bei Beeinträchtigungen des Eigentums. Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (etwa durch unerlaubte Veröffentlichung von privaten Fotos) sind nicht erfasst (= Rege-

<sup>78</sup> Zum Richterrecht vgl. ausführlich R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 220 ff.

<sup>79</sup> Allgemeine Auffassung, etwa BVerwG NVwZ 2019, 568, 569; BGHZ 105, 140, 143; 120, 239, 251 f.; 149, 165, 174; BGH NJW 2003, 1932, 1933; BGH NJW 2016, 2502, 2503; ferner Koch, NJW 2016, 2461, 2463; Kuhn, JuS 2016, 104.

<sup>80</sup> BVerwG NVwZ 2019, 568, 569.

<sup>81</sup> Siehe auch BVerwG NVwZ 2019, 568, 569: „Wesensmerkmal der Analogie ist es, dass durch sie die durch eine Norm angeordnete Rechtsfolge auf einen Sachverhalt übertragen wird, der nicht dem Tatbestand der Norm unterfällt.“

lungslücke). Andererseits besteht ein Bedürfnis, auch dem in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Beeinträchtigten einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen den Verletzer zuzubilligen (= vergleichbare Interessenlage). Die Gesetzeslücke ist zudem planwidrig, da bei Inkrafttreten des § 1004 BGB im Jahre 1900 der Gesetzgeber den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht vor Augen hatte. Daher ist § 1004 BGB analog auch auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht anzuwenden.

- 41 Da eine analoge Anwendung von Normen auf nicht erfasste Sachverhalte immer auch einen Eingriff in gesetzliche Strukturen darstellt und es Aufgabe des Gesetzgebers sein muss, Gesetzeslücken zu schließen, kann eine von der Rechtsprechung vorgenommene Analogie, wenn sie auch der Bemühung geschuldet ist, unbillige Rechtsfolgen abzuwenden, kein erstrebenswertes Ziel eines Rechtsstaates sein. Daher sollte die Handhabung grundsätzlich restriktiv erfolgen. Jedenfalls ist eine Analogie **unzulässig**, wenn das (Grund-)Gesetz sie **verbietet** (siehe für das Strafrecht Art. 103 II GG, § 1 StGB und für das Ordnungswidrigkeitenrecht § 3 OWiG) oder das Gesetz erkennbar die Begrenzung der angeordneten Rechtsfolge(n) auf den geregelten Tatbestand will (wie das im Disziplinarrecht der Fall ist, siehe etwa § 5 Bundesdisziplinargesetz, wo die dort genannten Maßnahmen als abschließend und nicht analogiefähig verstanden werden müssen). Unzulässig ist eine Analogie auch bei **absichtsvollem Regelungsverzicht**. Ob der Gesetzgeber einen Sachverhalt absichtlich oder unabsichtlich nicht geregelt hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Hat der Gesetzgeber einen Sachverhalt absichtlich nicht geregelt, darf die Lücke auch nicht durch **richterliche Rechtsfortbildung** (Rn 38) geschlossen werden, bei der von der Rechtsprechung Entscheidungen getroffen werden, die keine unmittelbare Grundlage mehr im kodifizierten Recht finden, bei denen also das Gericht quasi – extra legem – als Ersatzgesetzgeber auftritt und eigenes Recht setzt.<sup>82</sup> Denn auch im Rahmen der (grundsätzlich zulässigen) Rechtsfortbildung darf (wegen Art. 20 II S. 2, III und Art. 97 I GG) der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht missachtet werden.

**Beispiel**<sup>83</sup>: M ist gem. § 1592 Nr. 1 BGB juristischer Vater der T. 8 Jahre nach T's Geburt bringt er in Erfahrung, dass T von einem anderen Mann abstammt. Nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung begehrt er von der von ihm mittlerweile geschiedenen Kindsmutter F Auskunft über den Mann, der ihr in der gesetzlichen Empfängniszeit beigeohnt hat, damit er in die Lage versetzt wird, diesen in Regress zu nehmen.

Eine spezielle Norm, die M den gewünschten Auskunftsanspruch gewährt, enthält das BGB nicht. Während der BGH einen solchen Anspruch aus § 242 BGB (Treu und Glauben) hergeleitet hatte<sup>84</sup>, erteilte das BVerfG einer solchen Herleitung eine klare Absage. Nach seiner Auffassung hat der Gesetzgeber (mit Blick auf die Bedeutung des Geheimhaltungsinteresses der Frau bzgl. ihrer Sexualkontakte als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) bewusst keinen solchen Auskunftsanspruch gewährt. Dieser gesetzgeberische Wille dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass die Zivilgerichte einen Auskunftsanspruch aus der Generalklausel des § 242 BGB herleiteten.<sup>85</sup>

- 42 Von der (bisher behandelten) Gesetzesanalogie (Einzelanalogie) zu unterscheiden ist die **Rechtsanalogie (Gesamtanalogie)**. Diese beruht auf dem Umstand, dass in einigen

<sup>82</sup> Vgl. dazu BVerfGE 34, 269, 287 f.; 49, 304, 318; 65, 182, 190 f.; 71, 354, 362; 128, 193, 210; 132, 99, 127.

<sup>83</sup> Nach BVerfG NJW 2015, 1506 ff.

<sup>84</sup> BGH NJW 2012, 450, 451 f.; NJW 2013, 2108; NJW 2014, 2571. Vgl. auch schon davor OLG Bremen OLG-Report 1999, 403, 404 f.; OLG Hamm NJW 2001, 1870.

<sup>85</sup> BVerfG NJW 2015, 1506, 1508 f. Vgl. auch den absichtsvollen Regelungsverzicht des Gesetzgebers in Bezug auf die Frage nach der analogen Anwendung der §§ 630a ff. BGB auf tierärztliche Behandlungsverträge, wo der Gesetzgeber es aber der Rechtsprechung unbenommen gelassen hat, die einst von ihr zu den ärztlichen Behandlungsfehlern entwickelten Kriterien, die zu einer Beweislastumkehr bei schweren Behandlungsfehlern im humanmedizinischen Bereich geführt haben, auf schwere tierärztliche Behandlungsfehler zu übertragen, und der BGH dem gefolgt ist (BGH NJW 2016, 2502 ff.), siehe dazu unten Rn 67 a.E. sowie ausführlich R. Schmidt, SchulDR BT II, Rn 606a.

Fällen auch eine ausdehnende Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall nicht zur Schließung der Gesetzeslücke führt, sondern dass die Lücke allenfalls durch ein Regelungsprinzip, das mehreren Gesetzesbestimmungen zugrunde liegt, gefüllt werden kann. Es werden also *mehrere* Gesetzesbestimmungen (oder ein gesamtes Rechtsregime) analog – d.h. sinngemäß – angewandt.

**Beispiel:** Das Gesellschaftsrecht kennt nicht nur juristische Personen (wie z.B. die AG und die GmbH), sondern auch Personengesellschaften. Dazu zählen die (rechtsfähige) BGB-Gesellschaft, die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG). Das Gesetz folgt dabei einer Stufenfolge:

- ⇒ Die Grundform der Personengesellschaft ist die **BGB-Gesellschaft**. Durch Gesellschaftsvertrag verpflichten sich mindestens zwei Gesellschafter, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch Vertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 I BGB).<sup>86</sup> Soll die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen, handelt es sich gem. § 705 II Var. 1 BGB um eine rechtsfähige Gesellschaft, für die die Regelungen der §§ 706-739 BGB gelten.
- ⇒ Ist der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, liegt eine **OHG** vor, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist (§ 105 I HGB). Hauptunterscheidungsmerkmal zur BGB-Gesellschaft ist also die Ausübung eines Handelsgewerbes. Daher ist es naheliegend, die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft anzuwenden und nur die Besonderheiten einer OHG abweichend bzw. ergänzend zu regeln. Dieser Regelungstechnik ist der Gesetzgeber gefolgt, indem er in § 105 II HGB eine **Gesamtanalogie** anordnet: „Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft entsprechende Anwendung.“
- ⇒ Nach dem gleichen Regelungsprinzip hat der Gesetzgeber das Recht der **KG** geregelt. Die KG ist ebenfalls eine Handelsgesellschaft und baut auf der OHG auf: Mindestens zwei Gesellschafter verpflichten sich durch Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma (§ 161 I Halbs. 1 HGB). Anders als bei der OHG ist aber bei einem Gesellschafter (oder mehreren Gesellschaftern) die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf einen bestimmten Betrag (Haftsumme) beschränkt (das sind die Kommanditisten), während bei dem anderen Teil der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (das sind die persönlich haftenden Gesellschafter, die Komplementäre). Daher ist es naheliegend, die Vorschriften über die OHG anzuwenden und nur die Besonderheiten einer KG abweichend bzw. ergänzend zu regeln. Dieser Regelungstechnik ist der Gesetzgeber auch hier gefolgt, indem er in § 161 II HGB eine **Gesamtanalogie** anordnet: „Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Siehe dazu auch Rn 119 ff.

I.Ü. kann die Grenze zwischen (zulässiger) Analogie und (unzulässiger) Gesetzesvertretung oder Gesetzeskorrektur unscharf sein. Daher sollten die Instrumente der (richterlichen) Rechtsfortbildung restriktiv angewendet werden. 43

### III. Schlussfolgerungen/Ziehen von Schlüssen

Bei der Auslegung von Tatbeständen kann es notwendig und sinnvoll sein, ein bestimmtes Ergebnis mit bestimmten Denkfiguren zu unterstützen bzw. zu begründen. 44

Die Schlussfolgerung „**argumentum a maiori ad minus**“ kennzeichnet in der Logik bekannte und einfache Schlüsse insbesondere 45

<sup>86</sup> Die folgende Darstellung berücksichtigt das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz v. 10.8.2021 (BGBl I 2021, S. 3436), wengleich es im Wesentlichen erst am 1.1.2024 in Kraft tritt.

- den Schluss vom **Allgemeinen auf das Einzelne** und vom **Mehr auf ein Weniger** („Setzt für alle die Volljährigkeit mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein, wird auch K volljährig, wenn er das 18. Lebensjahr vollendet“ bzw. „Fasst der Laderaum eines Lkw 3 t Masse, kann man auch 2 t laden“),
- den Schluss vom **Größeren auf das Kleinere** („Beträgt die Brückenhöhe 3 m und dürfte ein Fahrzeug darunter herfahren, das eine Höhe von 2,8 m misst, gilt das auch für ein Fahrzeug, dessen Höhe nur 2,6 m misst“),
- den Schluss vom **Stärkeren auf das Schwächere** („Ein Wagenheber, der für 2 t Masse zugelassen ist, darf auch für einen 800 kg schweren Kleinwagen verwendet werden“).

46 In der juristischen Methodenlehre kennzeichnet das „argumentum a maiori ad minus“ den Schluss vom **Größeren auf das Kleinere**, d.h. von einer weitergehenden Regelung auf einen weniger Voraussetzungen erfordernden Fall. Im Ergebnis wird die Rechtsfolge einer Rechtsnorm für den weniger weit gehenden Tatbestand bejaht. Es lässt sich sagen: Was für das „Größere“ gilt, muss erst recht für das „Kleinere“ gelten (**Erst-recht-Schluss**). Oder: wenn man zum Größeren berechtigt ist, darf man auch das Kleinere.

**Beispiel:** Wenn jemandem schon eine Prokura, also die umfassendste Vertretungsmacht im Handelsverkehr (§§ 48 ff. HGB) erteilt wurde, ist der Inhaber der Prokura (der Prokurist) erst recht zu allen Handlungen berechtigt, die von der rechtlich weniger umfangreichen Handlungsvollmacht nach § 54 HGB gedeckt sind.

47 Der Erst-recht-Schluss ist auch umgekehrt möglich: Der Schluss *argumentum a minori ad maius* kennzeichnet in der juristischen Methodenlehre den Schluss vom **Kleineren auf das Größere**: Wenn schon das Engere erlaubt ist, dann ist erst recht das Weitere erlaubt. Oder: Wenn schon das Kleinere verboten ist, dann ist erst recht das Größere verboten.

**Beispiel:** Wenn die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Frist von vier Wochen zulässig wäre (§ 622 I BGB), ist eine Kündigung mit einer Frist von drei Monaten erst recht zulässig.

48 Ebenfalls eine juristische Methode zur Auslegung einer Rechtsnorm ist der **Umkehrschluss** bzw. Gegenschluss (lat.: **argumentum e contrario**). Der Umkehr- bzw. Gegenschluss ist eine Figur der juristischen Logik und sozusagen das Gegenstück zur Analogie: Man betrachtet eine Normaussage, d.h. die Rechtsfolge einer Norm, und folgert daraus, dass das Gegenteil für einen von der Norm nicht erfassten Fall gilt. Es gilt also Kontraposition zu der Norm, aus der man den Umkehrschluss zieht.

**Beispiel:** Nach der Ehescheidung stehen den Eheleuten bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche zu, insbesondere Zugewinnausgleich, Unterhalt und Versorgungsausgleich. Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften hat das Gesetz solche Ansprüche nicht vorgesehen, was die Frage aufwirft, ob man die Regelungen des Scheidungsrechts analog auch auf die Trennung nichtehelicher Lebenspartner anwenden kann. Eine Regelungslücke besteht. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist nicht gesetzlich geregelt, somit bestehen auch keine familienrechtlichen Vorschriften über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei nichtehelichen Lebenspartnerschaften. Die Regelungslücke ist aber nicht planwidrig, sondern beabsichtigt. Der Gesetzgeber hat bewusst nur die naheheulichen Rechtsbeziehungen geregelt, um eine Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenlebens vorzunehmen. Man unterliefe die institutionellen Regelungen des Eherechts, wenn man die eherechtlichen Vorschriften gleichwohl (d.h. analog) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anwendete. Zudem haben sich die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ja bewusst gegen ein rechtliches Kleid ihrer Beziehung entschieden. Diese Basis würde man unterminieren, wenn man dann gleichwohl das Eherecht anwendete. Die Vorschriften des

Eherechts finden daher grundsätzlich keine (analoge) Anwendung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft.<sup>87</sup>

Ist danach also eine analoge Anwendung des Scheidungsrechts ausgeschlossen, bleibt im Ergebnis der Umkehrschluss: Dadurch, dass der Gesetzgeber vermögensrechtliche Ansprüche, insbesondere Zugewinnausgleich, Unterhalt und Versorgungsausgleich, ausdrücklich auf eine Ehescheidung bezieht, folgt im Umkehrschluss, dass die diesbezüglichen Vorschriften gerade nicht für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gelten.

Zu beachten ist aber, dass der Umkehrschluss (wie alle juristischen Denkfiguren) nur ein Hilfsmittel der Interpretation sein kann. Keinesfalls ist er zwingend, wenn die Voraussetzungen einer Analogie nicht vorliegen. Es kann sogar sein, dass der Umkehrschluss unzulässig ist.

48a

**Beispiel:** Die Frage lautet, ob eine rechtsfähige BGB-Gesellschaft (§§ 706 ff. BGB)<sup>88</sup> über ein finanzielles Vermögen verfügen muss. Eine Pflicht zum finanziellen Vermögen könnte sich aus dem Umkehrschluss aus § 740 I BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift hat eine nicht rechtsfähige Gesellschaft kein Vermögen. Daraus könnte man folgern, dass die rechtsfähige Gesellschaft ein finanzielles Vermögen haben muss. Diese Schlussfolgerung ist möglicherweise jedoch nicht richtig oder zumindest nicht zwingend. Eine Antwort ist in §§ 706 ff. BGB zu suchen. In diesen Vorschriften sind keine expliziten Regelungen über das Vermögen vorhanden. Lediglich aus § 709 I BGB ergibt sich eine „Beitragspflicht“ der Gesellschafter. Der Beitrag kann aber auch in der Leistung von Diensten bestehen (§ 709 I BGB). Leisten nun alle Gesellschafter lediglich „Dienste“, kommt ein finanzielles Vermögen nicht zustande. Auch § 713 BGB verlangt kein finanzielles Vermögen, sondern sagt nur aus, dass bei Vorhandensein von Vermögen dieses der Gesellschaft zusteht (und nicht den Gesellschaftern). Andererseits stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber in § 740 I BGB formuliert, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft kein Vermögen hat. Sind mit „Vermögen“ auch „Dienste“ gemeint, kann mit § 740 I BGB nur gemeint sein, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft kein *finanzielles* Vermögen haben darf. Denn ohne „Dienste“ (die ja auch „Vermögen“ darstellen) wäre auch eine nicht rechtsfähige Gesellschaft nicht vorstellbar. Das deckt sich mit der amtlichen Begründung, wo es heißt, dass bereits das Bestehen einer Beitragspflicht Vermögen der Gesellschaft bilde.<sup>89</sup> Mithin kann § 740 I BGB also nur meinen, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft kein finanzielles Vermögen haben darf. Daraus darf man aber nicht den Umkehrschluss ziehen, dass eine rechtsfähige Gesellschaft über finanzielles Vermögen verfügen muss.

Die Antwort muss daher lauten: Eine rechtsfähige BGB-Gesellschaft darf zwar über finanzielles Vermögen verfügen, muss es aber nicht. Ein Umkehrschluss aus § 740 I BGB verbietet sich.

#### IV. Teleologische Reduktion und Extension

Schließlich sind in der Rechtsmethodik die teleologische Reduktion und die teleologische Extension als besondere Formen der (richterlichen) Rechtsfortbildung (Rn 38) zu nennen. Eine **teleologische Reduktion** liegt immer dann vor, wenn der textliche Anwendungsbereich einer Rechtsnorm als zu weit angesehen und daher so beschränkt wird, dass Sachverhalte, die nach dem Wortlaut der Norm an sich erfasst würden, von der Anwendung der Norm gleichwohl ausgeschlossen werden. Voraussetzung für die teleologische Reduktion ist also, dass die vom Wortlaut umfassten Fälle der (durch Auslegung zu ermittelnden) Zielsetzung (d.h. dem Zweck) des Gesetzes widersprechen. Dann wird der im Verhältnis zum Normzweck zu weit geratene Normtext „reduziert“.<sup>90</sup>

49

<sup>87</sup> Siehe dazu (auch zu den Ausnahmen, die von der Rechtsprechung gemacht werden) R. Schmidt, FamR, Rn 448 ff.

<sup>88</sup> Wie aufgezeigt, berücksichtigt die folgende Darstellung das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz v. 10.8.2021 (BGBl I 2021, S. 3436), wengleich es im Wesentlichen erst am 1.1.2024 in Kraft tritt.

<sup>89</sup> BT-Drs. 19/27635, S. 148.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch Kuhn, JuS 2016, 104 ff.

**Beispiele:**

- (1) § 164 I BGB (Voraussetzungen der Stellvertretung) verlangt seinem Wortlaut nach, dass der Vertreter die Willenserklärung „im Namen des Vertretenen“ abgeben muss. Damit ist das sog. Offenkundigkeitsprinzip gemeint: Der Vertragspartner soll wissen, ob er mit dem Handelnden oder einer anderen Person kontrahiert. Denn die Kenntnis der Person des Vertragspartners ist (etwa mit Blick auf die Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit, die Geschäftsfähigkeit oder mit Blick auf Verbotsgesetze) für den Vertragsschluss i.d.R. nicht unerheblich. Liegt aber die Ratio des Offenkundigkeitsprinzips nicht vor, liefe es den Interessen der Parteien zuwider, am Offenkundigkeitsprinzip festzuhalten. Das ist etwa bei Bargeschäften des täglichen Lebens („Brötchenkauf beim Bäcker“) der Fall, da hier unterstellt werden kann, dass es dem Verkäufer letztlich gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird, solange er nur und sofort die Gegenleistung (den Kaufpreis) erhält. In Fällen dieser Art ist daher in teleologischer Reduktion des § 164 I BGB die fehlende Offenkundigkeit unschädlich. Es liegt ein „Geschäft für den, den es angeht“ vor (dazu näher Rn 678 ff.).
- (2) Nach § 50 I HGB ist eine Beschränkung des Umfangs der Prokura (siehe dazu §§ 48, 49 HGB sowie unten Rn 748 ff.) Dritten gegenüber unwirksam. Ist also ein Prokurist gemäß einer innerbetrieblichen Weisung nur zu Vertragsschlüssen bis zu einem Gesamtvolumen von jeweils 50.000 € befugt, schließt dann aber einen Vertrag im Volumen von 60.000 €, handelt er nach Maßgabe der §§ 164 ff. BGB jenseits der ihm eingeräumten Vertretungsmacht mit der Folge, dass ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn (dem Betrieb) und dem Dritten nicht vorläge, sofern die mögliche Genehmigung (§ 177 I BGB) ausbliebe. Um aber den Handelsverkehr zu schützen, ordnet § 50 I HGB an, dass eine Beschränkung des Umfangs der Prokura Dritten gegenüber unwirksam ist. Demnach wäre also ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn (dem Betrieb) und dem Dritten trotz Missachtung der Maßgabe im Innenverhältnis zustande gekommen. Trotz dieser eindeutigen Regelung in § 50 I HGB ist aber nicht einzusehen, dass diese Folge auch zu gelten hätte, wenn der Dritte von der Beschränkung der Vertretungsmacht wusste oder hätten wissen können. Denn dann wäre er nicht schutzbedürftig und die Ratio des § 50 I HGB griffe nicht. In teleologischer Reduktion des § 50 I HGB gilt die Beschränkung des Umfangs der Prokura daher sehr wohl, wenn der Dritte von der Beschränkung der Vertretungsmacht weiß oder wissen könnte (siehe dazu Rn 757, 871 ff.).

**49a** Freilich dürfen der teleologischen Reduktion keine zwingenden Gründe entgegenstehen; insbesondere darf sie nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen.

**Beispiel:** § 31 SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende) beschreibt gegenüber Leistungsberechtigten Pflichtenverstöße, die sich insbesondere aus der Nichteinhaltung von Pflichten aus der Eingliederungsvereinbarung (§ 15 II S. 2 Nr. 2 SGB II) ergeben können. Im Fall eines Pflichtenverstößes sieht § 31a SGB II Leistungskürzungen vor. So mindert sich (in den in § 31b SGB II genannten zeitlichen Grenzen) gem. § 31a I S. 1 SGB II bei einer Pflichtverletzung nach § 31 SGB II das Arbeitslosengeld II in einer ersten Stufe um 30% des für die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfs. Bei der ersten wiederholten Pflichtverletzung nach § 31 SGB II mindert sich gem. § 31a I S. 2 SGB II das ALG II um 60% des Regelbedarfs. Bei jeder weiteren wiederholten Pflichtverletzung nach § 31 SGB II entfällt das ALG II sogar vollständig (§ 31a I S. 3 SGB II).

Diese Rechtsfolge ist zwingend; ein Ermessen („Absehen von der Leistungskürzung“) wird insoweit nicht eingeräumt, und zwar auch dann nicht, wenn der Pflichtenverstoß nur geringfügig war (Beispiel: Leistungsberechtigter erscheint nicht zum vereinbarten Termin, weil er leicht fahrlässig den Bus verpasst hat), was die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Regelung aufwirft. Man könnte zunächst erwägen, durch weite Interpretation des § 31 I S. 2 SGB II bei einem nur leicht fahrlässigen Pflichtenverstoß einen wichtigen Grund für das Verhalten anzunehmen und damit eine Pflichtverletzung i.S.d. § 31 SGB II zu verneinen, womit der Sanktionsregelung des § 31a SGB II der Boden entzogen wäre. Ein

wichtiger Grund kann aber nur in sehr engen Grenzen angenommen werden unter Heranziehung der allgemeinen Kriterien, d.h. wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass ein Festhalten an der an sich angeordneten Rechtsfolge für den Betroffenen unzumutbar wäre. Daher ist zu erwägen, bei Vorliegen eines Pflichtenverstößes die Verfassungskonformität der Sanktionsregelung eher über eine teleologische Reduktion zu gewährleisten, indem man sie bei Bagatelverstößen nicht anwendet. Dem steht allerdings die Gesetzesbindung der Verwaltung (siehe Art. 20 III GG; einfachgesetzlich in § 31 SGB I) entgegen, wonach die Behörde formelle Gesetze nicht schlicht unangewendet lassen darf. Auch die Möglichkeit, den nach § 31a I S. 1 SGB II gekürzten Betrag über die Gewährung von Sachleistungen nach § 24 I, II SGB II auszugleichen, steht (wohl) nicht offen, da die Gewährung von Sachleistungen einen anderen Hintergrund hat und dies daher eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen Regelung des § 31a I S. 1 SGB II darstellte. Die Gewährung von Sachleistungen ist aber gem. § 31a III S. 1 SGB II möglich. Danach kann bei einer Minderung des ALG II um mehr als 30% des nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfs der Träger auf Antrag in angemessenem Umfang nämlich ergänzende Sachleistungen oder geldwerte Leistungen erbringen. Bei einer Kürzung von Geldleistungen um mehr als 30% des maßgebenden Regelbedarfs können also Sachleistungen (zu denen auch Nahrungsmittelgutscheine gehören) erbracht werden.

Greift (hinsichtlich § 31a I S. 1 SGB II) keiner der genannten „Rettungsversuche“, bleibt im Ergebnis nur die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 31a I S. 1 SGB II, wenn man – wegen ihrer Starrheit und der ebenfalls starren zeitlichen Grenzen – von der Unverhältnismäßigkeit ausgeht. Das BVerfG hat mit Urteil v. 5.11.2019 (1 BvL 7/16) hierzu wie folgt entschieden:

- ⇒ Gesetzlich angeordnete Leistungskürzungen bis maximal 30% des Regelbedarfs seien möglich, sofern sie nicht zwingend erfolgten (sondern Ausnahmen zuließen, um außergewöhnliche Härten zu vermeiden) und auch nicht an die starre Dauer von drei Monaten geknüpft seien (sondern früher endeten, wenn sich der Sanktionstatbestand erledigt habe).
- ⇒ Die bisher möglichen Abzüge bei Verletzung der Mitwirkungspflicht um 60% oder 100% seien unverhältnismäßig und mit Art. 1 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG unvereinbar.<sup>91</sup>

Leistungsminderungen zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten bei der Gewährung von ALG II bis zu 30% des Regelbedarfs sind also nicht unverhältnismäßig und daher möglich. Es muss aber gesetzlich geregelt sein, dass von der Leistungsminderung abzusehen ist, wenn anderenfalls eine unzumutbare Härte entstünde. Eine starre zeitliche Grenze der Leistungskürzung ist nicht zulässig. Abzüge um 60% oder 100% sind (wegen Unverhältnismäßigkeit) niemals zulässig.

Im Bereich der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (**AGB**) ist eine geltungserhaltende Reduktion, bei der durch eine restriktive Auslegung eine unzulässige Klausel auf das gerade noch Vertretbare beschränkt wird, unstatthaft. Vgl. dazu näher Rn 1585.

49b

Demgegenüber spricht man von einer **teleologischen Extension**, wenn eine Norm ihrem Zweck nach auf Fälle ausgedehnt wird, die an sich nicht vom Wortlaut der Norm erfasst werden. Freilich rückt diese Methode der Rechtsfortbildung oft in die Nähe der Analogie und gewinnt immer dann an Bedeutung, wenn nicht alle Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen.

50

### Beispiele:

- (1) Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich auch dann um ein für den Minderjährigen zustimmungsfreies Geschäft, wenn es für ihn rechtlich neutral ist, obwohl § 107 BGB

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2019, 3703, 3711 f. (Leistungsminderungen zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten bei Arbeitslosengeld II („Hartz-IV-Sanktionen“) teilweise verfassungswidrig).

von „nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil“ spricht. Denn auch in diesem Fall treffen ihn keine nachteiligen Folgen aus dem Rechtsgeschäft und die Ratio des Minderjährigenschutzes wird nicht berührt (dazu Rn 1005).

- (2) Auch die Anwendung des § 24 I, II SGB II im Beispiel von Rn 49a (Ausgleich der Leistungskürzung über die Gewährung von Sachleistungen) stellte eine teleologische Extension dar, die jedoch – um die eindeutige Regelung in § 31a I S. 1 SGB II nicht zu umgehen – nicht zulässig wäre.
- (3) Des Weiteren kann es im Rahmen der Herstellung einer Europarechtskonformität erforderlich sein, den Wortlaut der dem Europarecht entgegenstehenden, nicht mehr europarechtskonform auszulegenden nationalen Norm auszudehnen und sie über ihren Wortlaut hinaus anzuwenden, um den europarechtlichen Vorgaben nachzukommen. Das war im Beispiel bei Rn 33b der Fall, wo es darum ging, den Begriff des „Ablaufs bzw. Abwartens einer angemessenen Frist“ in § 475d I Nr. 1 BGB als „Ablauf bzw. Abwarten einer angemessenen Zeit“ zu verstehen, um der zutreffend formulierten englischsprachigen Fassung des Art. 13 WKRL nachzukommen.
- (4) Das BVerfG hat entschieden, sich die Nachtzeit entgegen der in § 104 III StPO genannten Morgenstunde von 4 Uhr über diese hinaus erstreckt. Der StPO-Gesetzgeber zeichne mit der Nachtregelung des § 104 III StPO nicht die heutige Lebenswirklichkeit nach, sodass mindestens die Stunden zwischen 4 und 6 Uhr noch der Nacht zuzurechnen seien (mit der Folge der erschwerten Wohnungsdurchsuchung im Hinblick auf das Erfordernis einer richterlichen Durchsuchungsanordnung). Die Vorschrift des § 104 III StPO spiegele die noch weithin agrarischen Lebensverhältnisse der Gesellschaft zur Zeit der Schaffung der StPO wider und trage der zwischenzeitlichen Veränderung der soziokulturellen Verhältnisse und den modernen Lebensgewohnheiten nicht Rechnung. Sie sei insofern nicht mehr zeitgemäß, als sie nicht berücksichtige, dass die Tageszeit heute für den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung auch zwischen April und September nicht schon um 4 Uhr morgens beginne.<sup>92</sup>
- (5) Schließlich bildet folgender Fall ein Beispiel, bei dem Raum für eine teleologische Extension besteht: A und B schließen einen Kaufvertrag über den im Eigentum und Besitz des A befindlichen antiken Kompass, der vor 150 Jahren in der berühmten Rickmer Rickmers verbaut war. Als Kaufpreis vereinbaren die Parteien 2.000 €, was auch dem objektiven Verkehrswert des Kompasses entspricht. Übereignung und Übergabe sollen in drei Tagen stattfinden, nachdem B das Geld besorgt hat. Doch am Abend vor der vereinbarten Übereignung und Übergabe verkauft und übereignet A den Kompass an C. Er erhält 2.500 €. B fragt nach seinen Rechten.

Der in Betracht kommende Anspruch B gegen A aus § 433 I BGB auf Übereignung und Übergabe besteht nicht, weil A infolge der (subjektiven) Unmöglichkeit von seiner Primärleistungspflicht befreit ist (§ 275 I BGB). Denn er hat infolge der Übereignung des Kompasses an C sein Eigentum daran verloren und kann daher B nicht mehr (berechtigt) das Eigentum verschaffen (siehe § 929 S. 1 BGB, wonach der Eigentümer das Eigentum auf den Erwerber übertragen kann; A war zum Zeitpunkt des Veräußerungsgeschäfts noch Eigentümer, da B allein aufgrund des Kaufvertrags noch nicht Eigentümer werden konnte). Einen Schadensersatzanspruch (siehe §§ 275 IV, 283 BGB) kann B insoweit nicht geltend machen, da es an einem Schaden fehlt: Denn B hätte bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung einen Kompass im Wert von 2.000 € zu einem Preis von ebenfalls 2.000 € erhalten, per Saldo hat er also keinen wirtschaftlichen Schaden.

Fraglich ist aber, ob B über § 285 I BGB den Mehrerlös herausverlangen kann, den A durch die Veräußerung des Kompasses an C erzielt hat (commodum ex negotiatione<sup>93</sup> – rechtsgeschäftliches Surrogat).

---

<sup>92</sup> BVerfG NJW 2019, 1428, 1430.

<sup>93</sup> Negotiare (lat.): handeln. Im vorliegenden Zusammenhang ist gemeint, dass die „Vorteile aus einem Geschäft“ herausgegeben werden müssen.

§ 285 I BGB knüpft an die fehlende bzw. weggefallene Leistungspflicht an und gewährt dem Gläubiger – unabhängig von einem Schadensersatzanspruch – das Recht, vom Schuldner den Gegenstand oder die Leistung herauszuverlangen, den bzw. die der Schuldner von dritter Seite als Ersatz erlangt hat (sog. stellvertretendes commodum<sup>94</sup>). Dazu zählen etwa Schadensersatzansprüche/Schadensersatzleistungen, die der Schuldner gegenüber Dritten hat bzw. erhalten hat, und Versicherungsleistungen, die der Schuldner für den Verlust oder den Untergang der Sache (erhalten) hat.<sup>95</sup> Aber auch der Käufer einer an einem unbehebbaaren Mangel leidenden Sache kann über § 285 I BGB von seinem Verkäufer Abtretung von Regressansprüchen (d.h. Mängelrechten), die dieser wiederum gegen den Lieferanten (Zulieferer) hat, verlangen, was insbesondere virulent wird, wenn der Verkäufer nicht in der Lage ist, den Mängelrechten nachzukommen. Mithin lässt sich sagen: Der Schuldner hat alles herauszugeben, was er für den Gegenstand von dritter Seite erlangt hat, nach dem BGH auch dann, wenn der Wert des Erlangten den Wert des Gegenstands übersteigt.<sup>96</sup> Das ist richtig, weil § 285 I BGB Vermögenswerte demjenigen zuordnet, dem sie materiell zustehen. Geht es um die Herausgabe des Ersatzes, spricht man von commodum ex re<sup>97</sup>.

Bezüglich der aufgeworfenen Frage, ob dem Gläubiger auch diejenigen Vermögenswerte herauszugeben sind, die der Schuldner kraft Rechtsgeschäfts (namentlich durch Veräußerung) erzielt hat (commodum ex negotiatione – rechtsgeschäftliches Surrogat), was insbesondere den Erlös aus einer (zwar wirksamen, aber gegenüber dem Gläubiger ungerechtfertigten) Zwischenverfügung betrifft, müsste man dies dem Wortlaut des § 285 I BGB nach verneinen. Denn Mehrerlös ist ja kein „Ersatz“ bzw. keine „Ersatzleistung“, sondern eine Gegenleistung aus einem Rechtsgeschäft. Zudem setzt man sich mit der Hereinnahme des rechtsgeschäftlichen Surrogats in den Anwendungsbereich des § 285 I BGB dem Einwand aus, die Wertung des Schadensersatzanspruchs zu untergraben, weil man trotz Nichtvorliegens eines Schadens über die „Hintertür“ des § 285 I BGB den Gläubiger quasi so stellt, als hätte er einen Schaden und damit einen Schadensersatzanspruch. Andererseits wäre es nicht gerechtfertigt, wenn A den Mehrerlös, den er aufgrund der Veräußerung an C erhalten hat, behalten dürfte. Denn den Mehrerlös i.H.v. 500 € konnte A ja nur durch den Vertragsbruch im Verhältnis zu B erzielen. Denn das Veräußerungsgeschäft mit C wurde ausschließlich durch den Vertragsbruch gegenüber B ermöglicht.

Gleichwohl steht dem der klare Wortlaut des § 285 I BGB entgegen, dem die Verpflichtung zur Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats nicht zu entnehmen ist. Rechtsmethodisch überzeugender erscheint es, die Regelung des § 285 I BGB teleologisch zu erweitern und die Erstreckung auf das rechtsgeschäftliche Surrogat *damit* zu begründen.

Mithin lässt sich feststellen, dass es unbillig wäre, wenn A den Gewinn aus der Veräußerung an C behalten dürfte (A hätte bei Einhaltung seiner Vertragspflicht ja auch nur 2.000 € erhalten). B hat daher in teleologischer Extension des § 285 I BGB gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 500 € gem. § 285 I BGB.

Weiterführender Hinweis: Angenommen, der Kompass hätte einen objektiven Verkehrswert von 2.500 € gehabt, dann hätte B gem. §§ 275 IV, 283, 280 I BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gehabt, d.h. ihm hätte das Recht zugestanden, von A so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn A den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dieser Anspruch wäre auf das positive Inte-

---

<sup>94</sup> Commodum (lat.): Bequemlichkeit, Vorteil. Hinsichtlich § 285 I BGB ist damit gemeint, dass der Vermögensvorteil, den der Schuldner von dritter Seite als Ersatz für den Gegenstand erlangt, wirtschaftlich an die Stelle des geschuldeten Gegenstands tritt. Diesen Vermögensvorteil muss er seinem Gläubiger als Ersatz („stellvertretend“) für den an sich geschuldeten Gegenstand übertragen.

<sup>95</sup> Siehe z.B. BGH r+s 2021, 81, 84. Siehe zuvor schon BGHZ 129, 103, 106; 99, 385, 387; BGH NJW-RR 2005, 241, 243.

<sup>96</sup> BGH r+s 2021, 81, 84.

<sup>97</sup> „An die Stelle der erlangten Sache“.

resse gerichtet gewesen und hätte sich auf 500 € belaufen, da B bei Vertragserfüllung einen Kompass im Wert von 2.500 € für 2.000 € erhalten hätte. Dieser Anspruch hätte den Anspruch auf das stellvertretende commodum (500 €) gemindert (§ 285 II BGB), sodass im Ergebnis B nur einmal 500 € verlangen kann. Da § 285 I BGB (anders als § 280 I BGB) aber kein Verschulden voraussetzt, wäre der Weg über § 285 I BGB zu empfehlen.

- 50a Aber auch, wenn eine Nähe zur Analogie gerade nicht erkennbar ist, weil die Rechtsfolge einer Norm gerade nicht greifen soll, kommt eine teleologische Extension in Betracht, wenn Fälle erfasst werden sollen, die gerade nicht vom Wortlaut der Norm gedeckt sind.

**Beispiel:** Vor der Eheschließung mit M muss F noch einen wichtigen Geschäftstermin in den USA wahrnehmen. Sie plant, drei Tage vor dem Standesamtstermin nach Deutschland zurückzukehren. Da sie sich aber wegen einer Viruspandemie in Absonderung begeben muss und daher nicht nach Deutschland einreisen kann, fragt F telefonisch die Standesbeamtin, ob es genüge, wenn sie sich via Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.) dazu schalte, damit der Hochzeitstermin nicht verschoben werden müsse.

Hinsichtlich der Eheschließung ordnet § 1311 S. 1 BGB an, dass die Eheschließenden ihre Erklärungen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgeben müssen. § 147 I BGB regelt die Annahme von Anträgen unter Anwesenden. Nach mittlerweile etablierter Auffassung zählen Willenserklärungen, die im Rahmen von Chats und Videokonferenzen abgegeben werden, als unter Anwesenden abgegeben bzw. angenommen.<sup>98</sup>

Insofern würde die Eheschließungserklärung der F als unter Anwesenden zu beurteilen sein. Das aber könnte dem Zweck des § 1311 S. 1 BGB widersprechen, der den Konsens der Eheschließenden absichern soll; bestehende Zweifel sollen erkannt werden und den Eheschließenden soll bewusst werden, dass sie unwiderrufliche, sehr weit reichende, höchstpersönliche Erklärungen abgeben. Daher ist allgemein anerkannt, dass die Vorgabe, persönlich und gleichzeitig vor dem Standesbeamten die Eheschließungserklärung abzugeben, etwa bei einer Stellvertretung nicht gewahrt ist. Der Standesbeamte würde seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigern (siehe § 1310 I S. 2 BGB), wenn ein Stellvertreter erschiene. Ob aber auch eine Eheschließung mittels Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.), bei der sich ein Eheschließender „dazuschaltet“, unzulässig wäre, ist nicht so einfach zu beantworten. § 147 I BGB steht dem nicht entgegen, da Willenserklärungen bei Videokonferenzen als unter Anwesenden abgegeben bzw. angenommen angesehen werden. Jedoch könnte das dem Schutzzweck des § 1311 S. 1 BGB widersprechen. Denn § 1311 S. 1 BGB soll den Konsens der Eheschließenden absichern; bestehende Zweifel sollen erkannt werden und den Eheschließenden soll bewusst werden, dass sie unwiderrufliche, sehr weit reichende, höchstpersönliche Erklärungen abgeben. Aber auch bei einer audiovisuellen Übertragung („virtuelle Anwesenheit“) wird man den Schutzzweck als gewahrt ansehen können. Rechtsmethodisch erreicht man dies durch eine teleologische Extension des § 1311 S. 1 BGB, indem man die „Anwesenheit“ als „virtuelle Anwesenheit“ versteht. Art. 6 I GG, der u.a. die Eheschließungsfreiheit schützt, dürfte für die hier vertretene Auffassung sprechen. Folgt man dem also, würde es genügen, wenn der Standesbeamtin die Eheschließung anschließend beurkundete (§ 14 III S. 1 PStG). Die Unterschrift der Ehegatten (§ 14 III S. 2 Halbs. 2 BGB) könnte nachgeholt werden, da diesbezüglich eine Koinzidenz nicht vorgeschrieben ist.

- 51 Zur **ergänzenden Vertragsauslegung**, die strikt von der ergänzenden Gesetzesauslegung und der analogen Anwendung von Gesetzesbestimmungen zu trennen ist, vgl. Rn 418 ff.

<sup>98</sup> Siehe etwa *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 147 Rn 5.

## V. Das Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“; Vorrangregelungen

Bereits bei Rn 20 wurde gesagt, dass das BGB allgemeine, für alle oder zumindest viele Rechtsgeschäfte bzw. Schuldverhältnisse gleichermaßen geltende Bestimmungen voranstellt, um grundlegende Bestimmungen nicht bei jedem Vertragstyp erneut regeln oder ständig darauf verweisen zu müssen. Das BGB folgt damit dem Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ (sog. **Klammertechnik**). Der Vorteil dieser Regelungstechnik besteht darin, dass – im Rahmen der anderen Bücher des BGB, aber auch anderer Rechtsgebiete des Zivilrechts – grundsätzlich auf diese Normen zurückgegriffen werden kann (Vermeidung von Wiederholungen, s.o.), sofern nicht Sonderregelungen bestehen, die die Normen des AT verdrängen.

52

**Beispiel:** Bei einem Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I BGB werden bspw. die Begriffe des Verbrauchers und Unternehmers verwendet. Um diese zu klären, sind die allgemeinen Regelungen der §§ 13, 14 I BGB heranzuziehen.

Die Klammertechnik ist eine **Kollisionsregel**. Kollisionsregeln sind rechtsmethodische Grundsätze, die entscheiden, welche von mehreren auf einen Sachverhalt anwendbaren Normen letztlich greifen („Konfliktlösungsmaxime“). Allgemeine Kollisionsregeln sind der Lex-specialis-Grundsatz, der Lex-posterior-Grundsatz und der Lex-superior-Grundsatz.

52a

- Der **Lex-specialis-Grundsatz** (genauer: Lex specialis derogat legi generali<sup>99</sup>) besagt, dass das spezielle (das genauere) Gesetz das allgemeine verdrängt, es diesem vorgeht. Bestehen also Sonderregelungen (d.h. spezielle Regelungen), muss (bei der Lösung eines Falls) untersucht werden, ob eine Normenkollision besteht und inwieweit dadurch die allgemeinen Regelungen von den speziellen verdrängt werden. Nach allgemeiner Auffassung ist in diesem Fall die Normenkollision über den „Lex-specialis-Grundsatz“ zu lösen: Die spezielle Norm geht der allgemeinen vor, womit sich aber auch zeigt, dass der Begriff „derogät“ unzutreffend ist, denn die allgemeine Regelung wird nicht derogiert, d.h. nicht unwirksam, sondern lediglich verdrängt, d.h. in ihrer Anwendung gesperrt. Richtigerweise muss man von **Anwendungsvorrang** sprechen. Denn Anwendungsvorrang bedeutet nicht nur, dass ein Recht ein anderes (entgegenstehendes) Recht in seiner Anwendung sperrt, sondern auch, dass spezielles Recht das allgemeine Recht überlagert bzw. verdrängt; das überlagerte bzw. verdrängte Gesetz tritt **subsidiär** zurück.

**Beispiel:** Gemäß § 323 I BGB kann der Gläubiger von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt und der Gläubiger dem Schuldner zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt (d.h. gesetzt) hat. Jedoch enthält § 323 II BGB in drei Nummern Entbehrlichkeitsgründe, d.h. Gründe, wonach eine Fristsetzung unterbleiben kann. Handelt es sich bei dem gegenseitigen Vertrag um einen Kaufvertrag, greift die Sonderbestimmung des § 440 BGB. Gemäß S. 1 dieser Vorschrift bedarf es – außer in den Fällen des § 281 II BGB und des § 323 II BGB – der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 IV BGB verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. § 440 S. 1 BGB gilt also speziell für Fälle, in denen die Nacherfüllung verweigert wird, diese fehlgeschlagen oder für den Käufer unzumutbar ist. Insoweit bedarf es also keines Rückgriffs auf § 323 II Nr. 1 und 3 BGB.

Ein Fall des Anwendungsvorrangs (und nicht etwa des Geltungsvorrangs, dazu sogleich) liegt auch vor, wenn das Gesetz in Sonderbestimmungen ausdrücklich von allgemeinen Vorschriften abweicht.

**Beispiel:** Geht es um den Kauf einer Ware mit digitalen Elementen (§ 327a III S. 1 BGB), bestimmt § 475d I Nr. 1 BGB, dass es für einen Rücktritt wegen eines Mangels der Ware der in § 323 I BGB bestimmten Fristsetzung zur Nacherfüllung abweichend von § 323 II

<sup>99</sup> = „Das spezielle Gesetz setzt das allgemeine Gesetz außer Kraft.“

und § 440 BGB nicht bedarf, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist (genauer: Zeit) ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat. § 475d I BGB stellt also eine zu § 323 II BGB und § 440 BGB abweichende Regelung dar mit der Folge, dass es bei der Frage nach der Entbehrlichkeit der Fristsetzung allein auf § 475d I BGB ankommt.

Der Spezialitätsgrundsatz gilt nicht nur innerhalb des BGB („Klammertechnik“), sondern auch und insbesondere im Verhältnis zwischen dem BGB und speziellen (Wirtschafts-)Gesetzen wie dem HGB, AG, GmbH etc., die bei einer Kollision mit dem BGB Anwendungsvorrang genießen.

**Beispiel:** Das allgemeine Kaufrecht ist in §§ 433 ff. BGB geregelt. Geregelt sind u.a. der Sachmangelbegriff, die Rechte des Käufers bei Sachmängeln, die Frist für die Geltendmachung von Sachmängeln, Beweislastfragen etc. Liegt ein Handelskauf (§ 373 HGB) vor, sind die vielen abweichenden Sonderregelungen der §§ 373 ff. HGB zu beachten, die im Interesse der schnellen und glatten Abwicklung des Handelskaufs den Verkäufer privilegieren. So obliegt beim beidseitigen Handelskauf dem Käufer eine Rücepflcht: Er muss die empfangene Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen und etwaige festgestellte Mängel unverzüglich dem Verkäufer anzeigen (Mängelrüge); anderenfalls verliert er seine Gewährleistungsrechte und die gelieferte Ware gilt als genehmigt (§ 377 HGB – siehe Rn 466). Die allgemeinen Regelungen des BGB werden insoweit verdrängt.

- Der **Lex-posterior-Grundsatz** (genauer: *lex posterior derogat legi priori*<sup>100</sup>) besagt, dass das spätere Gesetz dem früheren vorgeht, dieses verdrängt. Es wird also nur das spätere Gesetz angewendet.

**Beispiel:** Ändert der Bundesgesetzgeber eine Vorschrift im BGB-Familienrecht und weicht damit von einer anderen Vorschrift desselben Normengefüges ab, gilt die geänderte Vorschrift. Das frühere Gesetz wird verdrängt (aber nicht ungültig).

Zu beachten ist jedoch, dass der Lex-posterior-Grundsatz nur bei sich widersprechenden Gesetzen *derselben* Rangstufe gilt. Bei Gesetzen *verschiedener* Rangstufen greift der Grundsatz nicht, weil ein (auch später erlassenes) unterrangiges Gesetz kein (älteres) überrangiges Gesetz verdrängen kann.

**Beispiel:** Ist das Straßenverkehrszulassungsrecht (nach Maßgabe des Straßenverkehrsgesetzes – StVG) in einer Bundesrechtsverordnung geregelt (Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung – StVZO), kann eine Änderung der StVZO nicht entgegenstehende Bestimmungen des StVG nach der Lex-posterior-Regel verdrängen. Denn das StVG ist überrangig. Verlässt die StVZO ihren Ermächtigungsrahmen, ist sie insoweit nichtig.

- Der **Lex-superior-Grundsatz** (genauer: *lex superior derogat legi inferiori*<sup>101</sup>) entscheidet die normenhierarchische Kollision: Besteht eine normenhierarchische Kollision, setzt sich das höherrangige Recht durch; das entgegenstehende niederrangige Recht wird dabei nicht lediglich suspendiert (also nicht nur – vorübergehend – in seiner Anwendung gesperrt), sondern derogiert, d.h. „abgeschafft“ i.S.v. „außer Kraft gesetzt“, und kann damit keine Geltung beanspruchen. Das überrangige Recht hat also Geltungsvorrang. Das aufgrund der Kollision ungültige (d.h. nichtige) Recht lebt auch nicht mehr auf, wenn das überrangige Recht aufgehoben wird.<sup>102</sup>

**Beispiel:** Ist der staatliche Vorbereitungsdienst (in Übereinstimmung mit dem Landesparlamentsgesetz) in einer Landesrechtsverordnung geregelt („Ausbildungs- und Prüfungsordnung“), kann die Studien- und Prüfungsordnung einer Hochschule davon nicht abweichen. Weicht sie ab, ist sie insoweit nichtig.

Zu beachten ist jedoch, dass kein Fall des Lex-superior-Grundsatzes vorliegt, wenn das überrangige Recht eine Öffnungs- bzw. Abweichungsklausel enthält.

<sup>100</sup> = „Das spätere Gesetz setzt das frühere Gesetz außer Kraft.“

<sup>101</sup> = „Das höherrangige Gesetz setzt das niederrangige Gesetz außer Kraft.“

<sup>102</sup> Vgl. BVerfG NJW 2018, 361, 377: „... nicht lediglich suspendiert, sondern endgültig derogiert ...“.

**Beispiel:** § 622 BGB regelt die Fristen der Kündigung von Arbeitsverhältnissen. In den Absätzen I-III sind Kündigungsfristen genannt. Diese gehen normenhierarchisch denjenigen der Tarifverträge und Arbeitsverträge vor. Jedoch bestimmt § 622 IV S. 1 BGB, dass von den Absätzen I-III abweichende Regelungen durch Tarifvertrag vereinbart werden können. Überschreiten also die Tarifparteien ihre Abweichungsbefugnis nicht (siehe § 622 IV S. 2, VI BGB), gilt das abweichende Tarifvertragsrecht.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen deutlich geworden sein sollte, hat das System des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ nicht nur den Vorteil, dass eine redundante Normierung vermieden wird, sondern auch den Nachteil, dass zur Beurteilung eines Rechtsverhältnisses Normen aus ganz verschiedenen Bereichen heranzuziehen sind, deren Zusammenspiel (insbesondere für den Studienanfänger) oft schwer zu erfassen ist.<sup>103</sup>

53

**Beispiel**<sup>104</sup>: Verkauft und übereignet V an K ein Auto, gelangen hinsichtlich der Frage nach den Rechten und Pflichten der Parteien verschiedene Regelungsgebiete ins Blickfeld, die allesamt zu prüfen sein können:

1. die Vorschriften des Allgemeinen Teils (insbesondere die Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, §§ 145 ff. BGB, die Vorschriften über die Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB, aber auch die Vorschriften der Anfechtung, 119 ff. BGB)
2. die Vorschriften über Schuldverhältnisse allgemein (§§ 241 ff. BGB),
3. die Vorschriften über Schuldverhältnisse aus Verträgen (§§ 311 ff. BGB),
4. die Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB),
5. die Vorschriften über den Kauf (§§ 433 ff. BGB) und die Vorschriften über die Mängelhaftung beim Kauf (§§ 433 I S. 2, 434 ff. BGB) (und damit verbunden die vielen Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs, §§ 474 ff. BGB).
6. Hinsichtlich der Übertragung des Eigentums gelangen zudem Vorschriften des Sachenrechts (hier: §§ 929 ff. BGB) zur Anwendung.

## VI. Verweisung auf andere Vorschriften

Nicht nur die Klammertechnik ist ein probates Mittel, Wiederholungen zu vermeiden; auch Verweisungstechniken sind (jedenfalls vom Ansatz her) geeignet, der Fülle an (redundanten) Rechtsvorschriften zu begegnen. Mit „Verweisungstechnik“ ist die Verweisung auf andere Rechtssätze bzw. Rechtsgebiete gemeint, was freilich zu einer Unübersichtlichkeit führen kann, die aber eher hinzunehmen ist als eine ständige Wiederholung von (inhaltsgleichen) Regelungen.

54

**Beispiel:** § 437 BGB beschreibt die Rechte des Käufers bei Sachmängeln. Hinsichtlich des Rücktritts z.B. verweist § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB auf §§ 440, 323 und 326 V BGB. Die Rücktrittsfolgen ergeben sich dann aus §§ 346 ff. BGB. Das bedeutet, dass der Rechtsanwender bzgl. der Rücktrittsvoraussetzungen und Rücktrittsfolgen diese Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts heranziehen muss.

Verweist das Gesetz (wie im Fall des § 437 BGB) auf Tatbestand *und* Rechtsfolge der Normen, die entsprechende Anwendung finden sollen, spricht man von einer **Rechtsgrundverweisung**. Wird nur auf die Rechtsfolge verwiesen, liegt eine **Rechtsfolgenverweisung** vor. Ob eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung vorliegt, muss durch Auslegung ermittelt werden.

54a

<sup>103</sup> Köhler, AT, § 3 Rn 14; vgl. auch Eckert, SchuldR AT, Rn 1; Brox/Walker, AT, Rn 37; Neuner, AT, § 7 Rn 8 ff. Die Problematik des Zusammenspiels der einzelnen Bücher (Rechtsinstitute) des BGB ist Gegenstand der Ausführungen bei Rn 1588 ff. sowie des Anwendungsfalls bei Rn 1630.

<sup>104</sup> In Anlehnung an Köhler, AT, § 3 Rn 14.

**Beispiele:**

- (1) § 951 I S. 1 BGB verweist auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), und zwar aufgrund seiner Formulierung in Form einer Rechtsgrundverweisung. Daher müssen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen der betreffenden bereicherungsrechtlichen Vorschrift vorliegen.
- (2) Demgegenüber verweist § 823 II S. 1 BGB aufgrund der Formulierung „Die gleiche Verpflichtung ...“ lediglich auf die Rechtsfolge des § 823 I BGB (Verpflichtung zum Schadensersatz), nicht auch auf dessen Voraussetzungen.

54b Mit zunehmender Komplexität des Rechts gerät aber auch die Verweistechnik an die Grenzen der Übersichtlichkeit, was gerade im Zuge der Inkorporierung der Warenkauf-Richtlinie und der Digitale-Produkte-Richtlinie in das BGB offenbar wird.

**Beispiel:** Die **Rechte bei unterbliebener Bereitstellung** des digitalen Produkts (etwa eines Computerprogramms oder eines Computerspiels) regelt § 327c BGB. Danach kann der Verbraucher zunächst den Vertrag beenden, womit nichts anderes gemeint ist als der **Rücktritt** bzw. bei Dauerschuldverhältnissen die **Kündigung**. Liegen die Voraussetzungen für eine Beendigung des Vertrags vor, kann gem. § 327c II S. 1 BGB der Verbraucher nach den §§ 280 und 281 I S. 1 BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen (es handelt sich also um eine Rechtsgrundverweisung). Gemäß § 327c II S. 2 BGB ist § 281 I S. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Bestimmung einer angemessenen Frist die Aufforderung zur Bereitstellung des digitalen Produkts nach § 327c I S. 1 BGB tritt. Ansprüche des Verbrauchers auf Schadensersatz nach den §§ 283 und 311a II BGB bleiben gem. § 327c II S. 3 BGB unberührt. Für die Beendigung des Vertrags nach § 327c I S. 1 BGB und deren Rechtsfolgen sind gem. § 327c IV S. 1 BGB die §§ 327o und 327p BGB entsprechend anzuwenden. Das Gleiche gilt gem. § 327c IV S. 2 BGB für den Fall, dass der Verbraucher in den Fällen des § 327c II BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. § 325 BGB gilt gem. § 327c IV S. 3 BGB entsprechend.

Diese (vermeintlich klare) Verweistechnik darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Rechtsanwender quer durch das allgemeine Leistungsstörungenrecht geschickt wird und zudem teilweise eine Rechtsgrundverweisung und teilweise eine Rechtsfolgenverweisung zu beachten hat. Der Verweis auf § 280 BGB bedingt schließlich eine weitere Differenzierung, nämlich zwischen dem Schadensersatz neben der Leistung (insb. dem Verzögerungsschaden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB, allerdings mit der Modifikation gem. § 327c III S. 2 BGB, dass bei Entbehrlichkeit der Aufforderung zur Bereitstellung (siehe § 327c III S. 1 BGB) die Mahnung gem. § 286 BGB stets entbehrlich ist) und dem Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB und statt der ganzen Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I S. 1, S. 3 BGB. Im Fall der Unmöglichkeit der Bereitstellung entfällt gem. § 275 I BGB die Leistungspflicht des Unternehmers, sodass der Gesetzgeber mit § 327c II S. 3 BGB klarstellen musste, dass Ansprüche des Verbrauchers auf Schadensersatz nach §§ 283 und 311a II BGB unberührt bleiben.

Aus alledem wird klar, dass gerade die Verweistechnik aufgrund der notwendigen Differenzierung des immer komplexer werdenden Rechts (ebenfalls) an ihre Grenzen stößt.

## VII. Fiktion und gesetzliche Vermutung

55 Möchte der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtslage festlegen, obwohl diese (naturwissenschaftlich) eigentlich nicht möglich ist, nimmt er eine **Fiktion** an. Von einer Fiktion (im Rechtssinne) spricht man, wenn das Gesetz tatsächliche oder rechtliche Umstände als gegeben behandelt, obwohl sie in Wirklichkeit nicht vorliegen (können). Diese werden fingiert, damit die gewünschte Rechtsfolge greifen kann. Eine Fiktion ist daher auch nicht widerleglich, d.h. nicht durch (Gegen-)Beweis zu entkräften.

**Beispiel:** Die Rechtsfähigkeit eines Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB). Demzufolge ist der noch ungeborene Mensch (der *Nasciturus*) nicht rechtsfähig und kann damit auch nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Im Erbrecht knüpft § 1923 I BGB an diesen Grundsatz an. Danach kann nur derjenige erben, der zur Zeit des Erbfalls lebt – also nicht derjenige, der bereits gestorben oder noch nicht geboren ist. Für den Fall des noch ungeborenen Menschen macht das Gesetz aber eine Ausnahme, indem es in § 1923 II BGB bestimmt, dass derjenige, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, als vor dem Erbfall geboren gilt.

Hier liegt eine Fiktion vor, weil der noch ungeborene Mensch nicht geboren sein kann; der noch ungeborene Mensch *gilt* lediglich als geboren, damit er (wie ein geborener Mensch) erben kann. Mit dieser Fiktion konnte der Gesetzgeber auf die Normierung von Regelungen hinsichtlich des Erbrechts ungeborener Menschen also verzichten, indem er schlicht fingiert, dass der noch ungeborene Mensch geboren sei. Weiterhin musste er dadurch nicht die Rechtsfähigkeit ungeborener Menschen anordnen, was nämlich zu (strafrechtlichen) Schwierigkeiten bei der Frage nach dem Schwangerschaftsabbruch geführt hätte. Vgl. dazu Rn 112 ff.

Abzugrenzen ist die Fiktion von der **gesetzlichen (Rechts-)Vermutung** (*praesumptio iuris*). Hiervon spricht man, wenn das Gesetz bei Vorliegen bestimmter Gegebenheiten oder Umstände (Vermutungsbasis) vom Vorliegen anderer Gegebenheiten, Umstände oder Folgerungen ausgeht. Je nachdem, ob das Gesetz die Vermutung als zwingend erachtet (also die Folgerung quasi fingiert) oder eine Entkräftung durch Beweis des Gegenteils (Gegenbeweis) zulässt, spricht man von unwiderleglicher oder widerleglicher gesetzlicher (Rechts-)Vermutung. Dabei gilt im Grundsatz, dass das Gesetz immer, wenn es für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufstellt, den Beweis des Gegenteils zulässt, sofern es nicht ein anderes vorschreibt.<sup>105</sup> Dies entspricht der Beweisregelung des § 292 S. 1 ZPO. Das heißt: Bei den gesetzlichen Vermutungen handelt es sich um widerlegliche Vermutungen, wenn sich nicht aus dem Wortlaut oder aufgrund von Auslegung ergibt, dass der Gegenbeweis (Entlastungsbeweis) ausgeschlossen ist.

56

**Beispiel für eine widerlegliche gesetzliche Vermutung:** Nach § 1006 I S. 1 BGB wird zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, dass er auch Eigentümer sei. ⇒ Mit dieser Regelung trifft das Gesetz also eine Vermutung. Hat nun bspw. A dem B das Fahrrad geliehen (§ 598 BGB) und hat B das Fahrrad sodann dem gutgläubigen C veräußert (§§ 433, 929 S. 1, 932 I BGB)<sup>106</sup>, wird A, der das Fahrrad wenig später bei C entdeckt, versuchen, es gem. § 985 BGB herauszuverlangen. Wenn C aber behauptet, das Fahrrad gehöre ihm, weil er es von B erworben habe und er keinen Anlass hatte, an der Eigentümerstellung des B zu zweifeln, stellt sich die Frage, ob A (als Anspruchsteller) beweisen muss, (noch) Eigentümer zu sein, oder ob C beweisen muss, (nunmehr) Eigentümer zu sein. Bei beweglichen Sachen trifft § 1006 I S. 1 BGB die gesetzliche Vermutung dafür, dass der Besitzer auch Eigentümer sei.<sup>107</sup> Vorliegend wird also zugunsten des C vermutet, dass B zum Zeitpunkt der Veräußerung Eigentümer war. Dies stützt die Annahme des Gesetzgebers, dass ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nur dann nicht möglich ist, wenn dem Erwerber bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört (§ 932 II BGB). Der Besitzer wird also von der Darlegungs- und Beweislast, wie er Eigentümer geworden sei, befreit.<sup>108</sup>

Ähnliches gilt für Immobilien: Ist zugunsten einer Person im Grundbuch ein Recht eingetragen, spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass ihm die unbewegliche Sache auch dinglich zugeordnet ist bzw. ihm das eingetragene Recht auch tatsächlich zusteht.

<sup>105</sup> Neuner, AT, § 8 Rn 36.

<sup>106</sup> Die Gutgläubigkeit betrifft also den Umstand, dass C davon ausging, B sei Eigentümer.

<sup>107</sup> Dies gilt gem. § 1006 I S. 2 BGB jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen ist, es sei denn, dass es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Damit entspricht die Beweislastregelung in § 1006 BGB also den Gutglaubensregelungen der §§ 932, 935 BGB.

<sup>108</sup> Vgl. nur BGH NJW 2016, 331.

Diesem Umstand hat das Gesetz dadurch Rechnung getragen, dass es in § 891 I BGB eine widerlegliche Vermutung für die dingliche Berechtigung des Besitzers bzw. des Eingetragenen aufstellt.<sup>109</sup>

Weitere Beispiele widerleglicher gesetzlicher Vermutungen sind §§ 280 I S. 2, 286 IV und 311a II S. 2 BGB, wonach aus der jeweiligen negativen Formulierung folgt, dass der Schadensersatz nicht gewährt wird, wenn der Schuldner (d.h. der Anspruchsgegner) die Leistungsstörung *nicht* zu vertreten hat. Der *Schuldner* muss also beweisen, dass *er* die zum Schadensersatz führende Leistungsstörung nicht zu vertreten hat.

Und beim Verbrauchsgüterkauf (zum Begriff vgl. § 474 I BGB) wird gem. § 477 I S. 1 BGB vermutet, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) bestand, wenn sich der Mangel innerhalb des ersten Jahres seit Gefahrübergang zeigt. Hier muss also der *Verkäufer* die gesetzliche Vermutung, dass die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war, widerlegen.<sup>110</sup>

Schließlich finden sich im Vertragsrecht widerlegliche gesetzliche Vermutungen in den Vorschriften über den Behandlungsvertrag: § 630h I, III, IV, V S. 1 BGB („wird vermutet...“ – dazu unten Rn 67 a.E.).

Im Familienrecht ist z.B. § 1626a II S. 2 BGB zu nennen, wonach eine gesetzliche Vermutung dafür besteht, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.<sup>111</sup>

Ähnliche Regelungen finden sich auch im Deliktsrecht. So tritt gemäß der Negativformulierung in § 831 I S. 2 Var. 1 BGB die nach § 831 I S. 1 BGB angeordnete Haftung für vermutetes Verschulden nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen und/oder dessen Kontrolle die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Hier enthält also das Gesetz eine Verschuldensvermutung mit der Möglichkeit der Erbringung eines Entlastungsbeweises.<sup>112</sup> Und bezüglich des nach § 844 III S. 1 BGB zu gewährenden Hinterbliebenengelds für Personen, die zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis standen, wird gem. § 844 III S. 2 BGB vermutet, dass das für einen Entschädigungsanspruch erforderliche besondere Näheverhältnis beim Ehegatten, Lebenspartner, Elternteil oder Kind des Getöteten bestand. Allerdings kann der Schädiger den Nachweis erbringen, dass bei dem Anspruchsteller das besondere Näheverhältnis nicht bestand. Bestreitet der Schädiger das besondere Näheverhältnis, kann den Anspruchsteller die sekundäre Beweislast treffen.<sup>113</sup>

Für alle Fälle gilt aber: Da die gesetzlichen Vermutungen dem Gegenbeweis offenstehen (§ 292 S. 1 ZPO), kann der jeweils andere Teil versuchen, einen Beweis zu erbringen, der die Vermutung widerlegt. Gelingt ihm das nicht, greift die Vermutung.

**Beispiel für eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung:** Gemäß § 1565 I S. 1 BGB darf eine Ehe nur geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Nach § 1565 I S. 2 BGB ist die Ehe gescheitert, wenn sie unheilbar zerrüttet ist, was wiederum der Fall ist, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen. Da beide Voraussetzungen vom Familiengericht positiv festgestellt werden müssten, dürfte klar werden, dass dies für die Parteien zur Offenlegung unschöner Umstände führen wird. Daher wird gem. § 1566 I BGB das Scheitern der Ehe unwiderleglich vermutet, wenn die Ehegatten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Gerichtsverhandlung seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder wenn zumindest der Antragsgegner der Scheidung zustimmt

<sup>109</sup> Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, SachenR II, Rn 29 ff.

<sup>110</sup> Mit „Zeitpunkt bei Gefahrübergang“ ist derjenige nach §§ 446, 447 BGB gemeint. Nicht gemeint ist damit, dass der Mangel zu diesem Zeitpunkt sichtbar gewesen sein muss (denn anderenfalls wäre es wohl kaum zur Annahme durch den Käufer gekommen); es genügt, wenn der Mangel „latent vorhanden“ bzw. „angelegt“ war (vgl. nur BGH NJW 2017, 1093, 1095 f. – dazu bereits oben Bsp. 1 bei Rn 33a).

<sup>111</sup> Vgl. dazu auch OLG Brandenburg NJW 2015, 964 ff.

<sup>112</sup> Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 867 ff.

<sup>113</sup> *Sprau*, in: Grüneberg, § 844 Rn 23 mit Verweis auf *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1052. Zur sekundären Beweislast vgl. Rn 65.

(einverständliche Scheidung). In diesem Fall wird das Gericht ohne weiteres die Ehe scheiden; eine Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 1565 I S. 2 BGB vorliegen, findet nicht statt.

Ein weiteres Beispiel findet sich in § 1566 II BGB, wonach für den Fall, dass der Antragsgegner der Scheidung nicht zustimmt (streitige Ehescheidung), unwiderleglich vermutet wird, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben. Diese Regelung ermöglicht die Scheidung also auch gegen den Willen des anderen Ehegatten und unabhängig vom Nachweis, dass die Ehe gescheitert ist.<sup>114</sup>

Letztlich wird mit diesen Regelungen (§ 1566 I und II BGB) das Scheitern der Ehe fingiert, wodurch auch deutlich wird, dass unwiderlegliche gesetzliche Vermutung und Fiktion nicht klar voneinander unterschieden werden können. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Fiktion und unwiderleglicher Vermutung kann man aber sagen: Die unwiderlegliche Vermutung *kann* der Realität entsprechen, die Fiktion nicht.

Auch wenn das Gesetz von „gilt“ spricht, wird i.d.R. eine Rechtsfolge unwiderleglich vermutet bzw. fingiert. So „gilt“ die Genehmigung eines schwebend unwirksamen „Vertretergeschäfts“ als verweigert, wenn sich der Vertretene auf eine Aufforderung des Geschäftsggners nicht äußert (§ 177 II S. 2 Halbs. 2 BGB – Rn 888). Hier wird also das Schweigen als Ablehnung behandelt (vgl. auch die Parallelnorm bspw. in § 108 II S. 2 Halbs. 2 BGB – Rn 1304). Auch zugunsten des Erwerbers einer Immobilie gilt der Inhalt des Grundbuchs als vollständig und richtig (§ 892 I BGB).<sup>115</sup> Und nach § 1943 Halbs. 2 BGB gilt die Erbschaft nach Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1944 I BGB) als angenommen.

Eine Besonderheit besteht im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB), wonach gem. § 440 S. 2 BGB die Nachbesserung nach dem zweiten erfolglosen Nachbesserungsversuch als fehlgeschlagen „gilt“ (mit der Folge, dass der Weg frei ist für Rücktritt und Minderung), wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Die Rechtsvermutung ist hier also widerleglich. So können nach der Rechtsprechung des BGH auch mehr als zwei Nachbesserungsversuche in Betracht kommen, etwa bei besonderer (technischer) Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen.<sup>116</sup>

### VIII. Zwingendes und dispositives (nachgiebiges) Recht

Hinsichtlich der Bindungswirkung von Rechtsnormen unterscheidet das BGB zwischen **zwingendem** (*ius cogens*) und **dispositivem** (*ius dispositivum*) Recht. Zwingendes Recht bedeutet, dass die den Sachverhalt regelnden Normen von den Parteien stets und uneingeschränkt zu beachten sind, ihre Geltung also nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen (abbedungen) oder eingeschränkt werden kann. Dem stehen Rechtsnormen gegenüber, deren Geltung von den Beteiligten ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann – *dispositives* (nachgiebiges) Recht.<sup>117</sup> Vom Grundsatz her sind die Bestimmungen des Schuldrechts dispositiv. Denn wegen des im Zivilrecht geltenden Grundsatzes der Privatautonomie, der seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit; Privatautonomie) findet, müssen die Beteiligten grundsätzlich auch das Recht haben, ihre Rechtsbeziehungen selbstverantwortlich zu gestalten und die Geltung einzelner Bestimmungen des Zivilrechts vertraglich auszuschließen. Denn die Funktion der zivilrechtlichen Normen besteht darin, eine interessengerechte Vertragsordnung zur Verfügung zu stellen und dadurch den Parteien die Last abzunehmen, für alle Eventualitäten der Vertragsdurchführung Vereinbarungen treffen zu müssen, nicht jedoch darin, den Parteien im Wege zu stehen, wenn diese für ihre besonderen Bedürfnisse

57

<sup>114</sup> Zu den Voraussetzungen der Vermutungsregeln im Scheidungsrecht vgl. *R. Schmidt*, FamR, Rn 261 ff.

<sup>115</sup> Vgl. dazu *R. Schmidt*, SachenR II, Rn 32.

<sup>116</sup> BGH NJW 2007, 504. Zu § 56 HGB, wo das Verb „gilt“ von vornherein nicht im Sinne einer Fiktion verstanden wird, vgl. unten Rn 775.

<sup>117</sup> Vgl. *Brox/Walker*, AT, Rn 35 f.; *Köhler*, AT, § 3 Rn 23 f.; *Kötz*, JuS 2013, 289 ff.

und Interessen eine andere Regelung treffen wollen. Da die Parteien oftmals jedoch nicht dieselbe wirtschaftliche und/oder intellektuelle Verhandlungsmacht haben und es daher naheliegt, dass die wirtschaftlich und/oder intellektuell überlegene Partei versuchen wird, die andere Partei zu benachteiligen, kann die genannte Vertragsautonomie auf der anderen Seite nicht uneingeschränkt gewährt werden. Daher sind bestimmte Vorschriften für die Beteiligten zwingend und können nicht abbedungen werden.

**58** Zwischen den Kategorien *zwingend* und *dispositiv* steht noch die Kategorie *halbzwingend*. Als *halbzwingend* bezeichnet man Normen, von denen nicht zum Nachteil, wohl aber zum Vorteil einer Partei abgewichen werden darf.<sup>118</sup> In Abhängigkeit von der Art des halb-zwingenden Charakters werden bei dieser Kategorie wiederum *subjektiv halbzwingende*, *zeitlich halbzwingende* und *im Kern zwingende* (bzw. *formal zwingende*) Rechtsnormen unterschieden. Ob eine Rechtsnorm zwingend, halbzwingend oder dispositiv ist, ergibt sich durch **Auslegung**, vornehmlich aus ihrem Wortlaut oder Zweck (zu den Auslegungsmethoden vgl. Rn 27 ff.). Danach gilt:

- Aufgrund der im Zivilrecht geltenden Vertragsfreiheit sind im Grundsatz jedenfalls die meisten **schuldrechtlichen** Bestimmungen **dispositiv**. So stellen die im BGB angebotenen Typenverträge (Kauf, Miete, Leihe, Werkvertrag, Dienstvertrag etc.) nur „Vorschläge“ dar. Die in Art. 2 I GG und § 311 I BGB verankerte Vertragsfreiheit ermöglicht es den Parteien, von diesen Typenverträgen ganz oder teilweise abzuweichen. Je nach dem Grad der Abweichung liegt ein gemischttypischer Vertrag oder ein atypischer Vertrag vor.

**Beispiele:** Schließt S mit dem Inhaber eines Sportstudios einen „Fitnessstudiovertrag“, liegt kein Typenvertrag vor, da ein solcher Vertragstyp vom BGB-Schuldrecht nicht „angeboten“ wird. Vielmehr handelt es sich um einen „gemischttypischen“ Vertrag, der Elemente eines Mietvertrags (in Bezug auf die Benutzung der Sportgeräte und anderer Einrichtungsgegenstände), eines Kaufvertrags (etwa, wenn Fertigprodukte an der Theke gekauft werden), eines Werkvertrags (etwa, wenn Fitnessdrinks an der Theke zubereitet werden) und eines Dienstvertrags (etwa, wenn Instruktionen des Fitnesstrainers eingeholt werden) vereint.<sup>119</sup> Ähnlich verhält es sich bei einem „Restaurantvertrag“, der Elemente eines Mietvertrags (in Bezug auf die Benutzung des Tisches), eines Werkvertrags (in Bezug auf die Zubereitung der Speise) und eines Dienstvertrags (in Bezug auf den Service) enthält. Art. 2 I GG und § 311 I BGB ermöglichen es aber auch, einen Vertrag zu schließen, der gänzlich nicht vom Kanon der Typenverträge erfasst ist, so z.B. einen Franchisevertrag. In diesem Zusammenhang spricht man auch von einem atypischen Vertrag.

Treten im Rahmen eines gemischt- oder atypischen Vertrags Leistungsstörungen auf, ist zuerst zu schauen, ob sich die Leistungsstörung schwerpunktmäßig einem beteiligten Vertragstyp zuordnen lässt. Dann ist zu prüfen, ob die Parteien von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen treffen konnten. Hierbei sind auch die Schutzvorschriften des allgemeinen Schuldrechts zu beachten, insbesondere die des Leistungsstörungsrechts.

- Ist der anhand des Wortlauts bzw. durch Auslegung ermittelte Schutzzweck einer Norm so wichtig, dass diese der Disposition durch die Parteien nicht zugänglich ist, wäre eine vertragliche Abweichung unwirksam. Zu den Vorschriften, die **nicht dispositiv** sind, zählen solche, die einen Warn- oder Übereilungsschutz formulieren, eine Beweisfunktion ausüben, der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen oder schlicht die unterlegene Partei vor Übervorteilung schützen. Nicht dispositiv sind z.B. Schutzvorschriften des BGB AT wie §§ 104, 105, 123, 125, 134, 138 BGB. So ist z.B. klar, dass das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB) nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann. Aus dem Schuldrecht wären z.B. §§ 271a, 306a, 311b, 444, 476 I S. 1, 536d, 574c III,

<sup>118</sup> Vgl. dazu etwa BGH NJW 2015, 3025, 3028.

<sup>119</sup> Vgl. zur Vertragseinstufung BGH NJW 2016, 3718; NJW 2012, 1431; OLG Hamm NJW-RR 2013, 397; AG Frankfurt/M 25.9.2019 – 31 C 2619/19, wobei in allen Fällen der Schwerpunkt im Mietvertrag gesehen wurde, letztlich aber offen bleiben konnte, ob es sich um Miet-, Dienst- oder typengemischte Verträge handelt.

619 BGB zu nennen. Auch Vorschriften, die (aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit) einen Typenzwang vorschreiben, stehen nicht zur Disposition, etwa die meisten sachenrechtlichen Vorschriften. Zwingend sind auch die meisten Vorschriften des Familienrechts und des Erbrechts, um die persönlichen und personenrechtlichen Verhältnisse besonders zu schützen. So leuchtet es ein, dass die Verpflichtung der Ehegatten zum Familienunterhalt (§ 1360 BGB) nicht der Disposition der Eheleute unterliegen kann. Insgesamt lässt sich also sagen, dass Rechtsnormen, die der Gesetzgeber aufgrund ihres hervorgehobenen Schutzcharakters nicht zur Disposition der Vertragsparteien stellen möchte, keiner vertraglichen Abweichung zugänglich sind. Ein Verstoß führt gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit der vertraglichen Klausel.

- Jedoch sind nicht sämtliche Schutzvorschriften in ihrer Gesamtheit zwingend. Besteht der Zweck einer Schutznorm hauptsächlich darin, *eine* der Parteien zu schützen, spricht man von **halbzwingenden** Normen. Bei diesen ist wiederum zwischen subjektiv halbzwingenden und zeitlich halbzwingenden Normen zu unterscheiden.
  - ⇒ **Subjektiv halbzwingend** sind Normen, die dem Schutz der wirtschaftlich schwächeren oder sonst unterlegenen Partei dienen und von denen die Parteien nicht zum Nachteil der wirtschaftlich schwächeren oder sonst unterlegenen Partei abweichen können. Dazu zählen insbesondere die Vorschriften des Verbraucherschutzrechts der §§ 312 ff. BGB. So bestimmt § 312m I S. 1 BGB<sup>120</sup>, dass von den Vorschriften dieses Untertitels, soweit nichts anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden darf. Ähnliche oder gleichlautende Formulierungen finden sich bspw. in §§ 241a III S. 1, 361 II S. 1, 476 I S. 1, 487 S. 1, 512 S. 1, 650o S. 1 BGB. Den Verbraucher begünstigende Abweichungen sind also wirksam. Halbzwingende Rechtsnormen finden sich aber auch außerhalb des Verbraucherschutzrechts, wenn die Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei unabhängig von deren Verbrauchereigenschaft besteht. So z.B. in § 426 II S. 2 BGB, wonach der Forderungsübergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Weitere Beispiele finden sich in § 651k V BGB und § 675e I BGB.
  - ⇒ **Zeitlich halbzwingend** sind Rechtsnormen, die die Unabdingbarkeit nur in zeitlicher Hinsicht vorschreiben. So kann z.B. gem. § 202 I BGB bei Haftung wegen Vorsatzes die Verjährung nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Das bedeutet also, dass die Verjährung durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann, sofern nur die abweichende Vereinbarung hinterher (d.h. nach dem Schadensbegründenden Ereignis) getroffen wurde. Ob eine solche Vereinbarung allerdings am Maßstab anderer Schutznormen zu messen wäre, ist nicht Regelungsgegenstand des § 202 I BGB. Ähnliche Regelungen enthalten bspw. §§ 248 I, 276 III, 288 VI S. 1 BGB.
  - ⇒ Schließlich sind im **Kern zwingende** Normen (auch formal zwingende Normen genannt) zu nennen. Darunter sind Schutznormen zu verstehen, von denen zwar individualvertraglich, nicht aber in AGB abgewichen werden kann. Im Kern zwingend ist etwa das Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314 BGB), das demnach nicht wirksam durch AGB eingeschränkt werden kann.<sup>121</sup>

Ein Verstoß gegen eine zwingende Regelung führt gem. § 134 BGB zur **Nichtigkeit**. Vielfach legt das BGB sogar ausdrücklich fest, dass bestimmte Vereinbarungen, durch die von gesetzlichen Vorschriften abgewichen wird, nichtig sind oder dass sich die davon begünstigte Partei nicht darauf berufen kann (*pactum de non petendo*).

**Beispiel:** Das Gesetz sieht für den Fall der Mangelhaftigkeit einer Kaufsache verschiedene Mängelrechte vor (siehe § 437 BGB). Die Gewährleistung ist aber im Grundsatz dispositiv (also ausschließbar), wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 444 BGB ergibt. Denn nach dieser Vorschrift kann sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte

<sup>120</sup> Berücksichtigt die durch das Gesetz für faire Verbraucherverträge v. 10.8.2021 (BGBl I, S. 3433) zum 1.7.2022 wirksam werdende erneute Gesetzesänderung, wonach § 312k BGB zu § 312l BGB und § 312l BGB zu § 312m BGB wird.

<sup>121</sup> BGH NJW 2012, 1431 f. (Kündigung eines Fitnessstudio-Vertrags).

des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, (nur dann) nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs<sup>122</sup> gilt § 476 I S. 1 BGB, wonach sich der unternehmerische Verkäufer auf einen Ausschluss der Gewährleistung von vornherein nicht berufen kann. Insgesamt folgt aus dieser Systematik: Der Verkauf von Sachen (etwa Fahrzeugen) ist unter Ausschluss der Gewährleistung möglich. Ein Gewährleistungsausschluss ist jedoch nicht möglich, wenn

- ⇒ es sich um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB handelt, wenn also auf Seiten des Verkäufers einer Ware (§ 241a I BGB) ein Unternehmer (§ 14 I BGB) und auf Seiten des Käufers ein Verbraucher (§ 13 BGB) steht (§ 476 I BGB),
- ⇒ oder ein Sachmangel (§ 434 BGB) vorliegt und der Verkäufer diesen arglistig verschwiegen<sup>123</sup> oder eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat (§ 444 BGB).

Weitere **Beispiele**, in denen sich eine Partei nicht auf von gesetzlichen Schutzvorschriften abweichende Vereinbarungen berufen kann, sind

- ⇒ § 536d BGB, wonach sich der Vermieter auf eine Vereinbarung, durch die die Rechte des Mieters wegen eines Mangels der Mietsache ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat.
- ⇒ § 572 I BGB, wonach sich der Vermieter auf eine Vereinbarung, der zufolge er berechtigt sein soll, nach Überlassung des Wohnraums an den Mieter vom Vertrag zurückzutreten, nicht berufen kann.
- ⇒ § 639 BGB, wonach sich der Unternehmer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat.
- ⇒ § 651p II BGB, wonach sich der Reiseveranstalter auf den Ausschluss oder die Beschränkung von bestimmten Schadensersatzpflichten gegenüber dem Reisenden nicht berufen kann.

## IX. Vertragsautonomie: Abschlussfreiheit und Inhaltsfreiheit

- 60 Wenn bisher von Vertragsfreiheit (d.h. Vertragsautonomie), also von dem Recht der Parteien, ihre vertraglichen Beziehungen frei zu wählen, gesprochen wurde, sind damit die Abschlussfreiheit und die Inhaltsfreiheit gemeint. **Abschlussfreiheit** bedeutet das Recht, frei zu wählen, ob man einen Vertrag schließt oder nicht. Die **Inhaltsfreiheit** (auch Gestaltungsfreiheit genannt) gewährt das Recht, den Vertragsinhalt so zu gestalten, wie es den Vorstellungen und Bedürfnissen der Parteien entspricht.<sup>124</sup> Verfassungsrechtlich ist die Vertragsfreiheit durch Art. 2 I GG (hier: allgemeine Handlungsfreiheit) gewährleistet. Freilich bergen diese Freiheiten stets die Gefahr in sich, dass die wirtschaftlich und/oder intellektuell überlegene Partei es in der Hand hat, die andere Partei zu übervorteilen bzw. zu benachteiligen. Daher hat der Gesetzgeber bestimmte Schutzmechanismen geschaffen, die er im Laufe der Jahre noch ausgebaut hat. So besteht ein sog. **Kontrahierungszwang**<sup>125</sup> z.B. bei der Energieversorgung (Gas, Elektrizität) gem. §§ 18, 36 ff. EnWG, bei der Personenbeförderung eine grundsätzliche Pflicht der Verkehrsunternehmen zum Vertragsschluss gem. § 22 PBefG und im Wirtschaftsrecht für

<sup>122</sup> Zum Begriff des Verbrauchsgüterkaufs, also eines Kaufs, bei dem in erster Linie ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware (§ 241a I BGB) kauft (siehe § 474 I S. 1 BGB), siehe bereits Bsp. 2 bei Rn 33a sowie *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 968 ff.

<sup>123</sup> Vgl. dazu etwa OLG Oldenburg 5.2.2015 – 1 U 129/13 (Verschweigung der Alufolie hinter Tapete, die zur Verdeckung von Feuchtigkeit angebracht worden war). Vgl. auch LG Coburg 11.7.2014 – 22 O 127/14 (Verschweigen eines Unfalls am Kfz, der einen wirtschaftlichen Totalschaden bedeutet); LG Coburg 24.9.2020 – 15 O 68/19 (Verkäufer eines gebrauchten Kfz muss potentiellen Käufer auch dann ungefragt auf bekannte Mängel oder frühere Unfallschäden hinweisen, wenn der Schaden fachgerecht repariert wurde).

<sup>124</sup> *Neuner*, AT, § 10 Rn 7; *Brox/Walker*, AT, Rn 74 ff.; *Stadler*, AT, § 3 Rn 4 ff.; *Boecken*, AT, Rn 31. Vgl. auch *Musielak*, JuS 2017, 949 f.

<sup>125</sup> Vgl. den lateinischen Begriff *contractus* – der Vertrag. Kontrahierungszwang bedeutet somit Vertragsabschlusszwang.

marktbeherrschende Unternehmen gem. § 19 I GWB. Und gem. § 31 Zahlungskontengesetz sind Kreditinstitute verpflichtet, Verbrauchern ein Basiskonto einzurichten. Im allgemeinen Zivilrecht kann ein Kontrahierungszwang angenommen werden, wenn die Weigerung der überlegenen Partei eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der anderen Partei i.S.v. § 826 BGB darstellt. Sofern die genannten Bestimmungen auf ihrer Rechtsfolgenseite Schadensersatz nennen und damit auch Naturalrestitution (= Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands) zulassen, ist damit auch die Verpflichtung zum Vertragsschluss umfasst, denn der Kontrahierungszwang ist eine Form der Naturalrestitution.<sup>126</sup>

**Beispiel:** Die Fachbuchhandelskette B, die bereits einen Marktanteil von 80% hat, erklärt sich nur dann bereit, die Bücher des kleinen Fachverlags V in das Sortiment aufzunehmen, wenn dieser eine „Aufnahmegebühr“ bezahlt und zudem eine monatliche „Regalmiete“ entrichtet.

Da ein Marktanteil von 80% eine Quasi-Monopolstellung bedeutet und die Bereitschaft, die Titel des V nur dann ins Sortiment aufzunehmen, wenn dieser die genannten Bedingungen erfüllt, als grob anstößig zu bewerten ist, muss das Verhalten von B insgesamt als wettbewerbs- und sittenwidrig bezeichnet werden. B ist daher zur Aufnahme der Titel des V ins Sortiment ohne die genannten Bedingungen verpflichtet. Der allgemeine Buchhändlerabatt (also die Gewinnmarge der Buchhändler) muss genügen.<sup>127</sup>

Eingeschränkt wird die Abschlussfreiheit auch durch das 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (**AGG**). Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Praktische Bedeutung findet das Gesetz insbesondere im Arbeitsrecht (vgl. § 2 I Nr. 1-4, §§ 6-18 AGG) und bei Verträgen mit **Gütern und Dienstleistungen** (einschließlich Vermietung von Wohnraum), die öffentlich angeboten werden (§ 2 I Nr. 8 AGG). Im Übrigen beschränkt sich das Diskriminierungsverbot zum einen auf **Massengeschäfte** (§ 19 I Nr. 1 AGG), also auf Vielfachgeschäfte, die ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Konditionen und in einer Vielzahl von Fällen abgeschlossen werden. Dazu zählen alltägliche Geschäfte wie Vertragsschlüsse in Kaufhäusern oder Restaurants. Zum anderen beschränkt sich das AGG auf **privatrechtliche Versicherungen** (§ 19 I Nr. 2 AGG). Das Gesetz lässt bei Vorliegen eines Sachgrundes unterschiedliche Behandlungen aber auch ausdrücklich zu (§ 20 AGG). Ist das nicht der Fall, ist die Ungleichbehandlung unzulässig. Die Rechtsfolgen einer unzulässigen Ungleichbehandlung ergeben sich aus § 21 I und II AGG: Unterlassung und/oder Beseitigung des diskriminierenden Zustands; Schadensersatz. Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt (§ 21 III AGG).

61

**Beispiel:** Dem aus dem Kongo stammenden, dunkelhäutigen O wird der Einlass in eine Diskothek verwehrt.

Die Zutrittsverweigerung stellt eine Diskriminierung des O gem. § 19 I Nr. 1 AGG (hier: Benachteiligung aus Gründen der Rasse) dar. Da selbstverständlich kein Sachgrund (auch nicht gem. § 20 AGG) besteht, ist die Zutrittsverweigerung unzulässig. O hat Anspruch auf Zutritt und ordnungsgemäße – insbesondere diskriminierungsfreie – Bedienung. Das folgt aus § 21 I S. 1 AGG. Ggf. hat er auch einen Schadensersatzanspruch.

Auch die Inhaltsfreiheit unterliegt bestimmten Einschränkungen. Denn dass die (wirtschaftlich oder intellektuell) überlegene Partei bestimmte gesetzliche Vorschriften mit

62

<sup>126</sup> Vgl. dazu unten Rn 190 sowie (zu § 826 BGB) R. Schmidt, SchuldR BT II, Rn 778.

<sup>127</sup> Freilich ändert die Pflicht zur Aufnahme der Bücher in das Sortiment nichts daran, dass die Buchhändler den Kontrahierungszwang faktisch unterlaufen können, indem sie die Bücher von V überbestellen und sodann häufig remittieren oder den Kunden vom Kauf abraten etc. Zum Kontrahierungszwang vgl. ausführlich Rn 489 ff.

Hilfe von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) abzubedingen und dadurch ihre Interessen auf Kosten des Geschäftspartners durchzusetzen versucht, ist hinlänglich bekannt. Diese Tatsache hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er Regelungen aufgestellt hat, die die Verwendung von AGB einschränken bzw. einer (gerichtlichen) Inhaltskontrolle unterstellen (vgl. §§ 305 ff., 307 ff. BGB).<sup>128</sup>

**Beispiel**<sup>129</sup>: Ein kommerzieller Freizeitclub verlangt neben einer Aufnahmegebühr von 300 € von seinen Mitgliedern einen Jahresbeitrag von 698 € und bei Teilnahme an der angebotenen Freizeitkontaktbörse noch einmal 1.902 €, insgesamt also bis zu 2.900 €. Nach den „Vertragsbedingungen“ ist der volle Betrag bereits bei Abschluss des Vertrags fällig. Zudem verlängert sich die Mitgliedschaft automatisch um ein Jahr, falls nicht spätestens drei Monate vor Vertragsende gekündigt wird.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, eine solche Gestaltung des Vertragsverhältnisses sei unproblematisch, da ja niemand gezwungen werde, dem Freizeitclub beizutreten. Jedoch gebietet es die sozialstaatliche Rechtsordnung, dass ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit besteht. Verwender von AGB, die i.d.R. v.a. ihre Rechte stärken und die der Kunden schmälern wollen, haben daher nicht nur die allgemeinen Korrekturvorschriften der §§ 134, 138 und 242 BGB zu beachten, sondern auch das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB). So benachteiligt laut OLG Jena die AGB-Klausel, die die Vorauszahlung des Jahresbeitrags zur Pflicht macht, die Mitglieder unangemessen. Denn durch die Vorauszahlung werde den Mitgliedern die Möglichkeit genommen, ihre Zahlungen bei nicht oder mangelhaft erbrachten Leistungen zu verweigern. Damit gehe ihnen ein entscheidendes rechtliches Mittel verloren, das die Parität und ordnungsgemäße Abwicklung des Vertragsverhältnisses gewährleisten soll. Darüber hinaus müssten die Mitglieder das Insolvenzrisiko des Unternehmens in vollem Umfang tragen, was einen Verstoß gegen § 307 I BGB impliziere.<sup>130</sup>

Hinsichtlich der Laufzeit und der stillschweigenden Vertragsverlängerung ist § 309 Nr. 9 BGB<sup>131</sup> zu beachten, da es sich bei der Clubmitgliedschaft um ein Vertragsverhältnis handelt, das die regelmäßige Erbringung von Dienstleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat. Die ursprüngliche Laufzeit von einem Jahr ist nicht zu beanstanden (§ 309 Nr. 9 a) BGB). Lediglich die stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um ein Jahr könnte problematisch sein. Hier ist § 309 Nr. 9 b) BGB zu beachten, wonach stillschweigende Vertragsverlängerungen in AGB nur zulässig sind, wenn sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert und dem anderen Teil (vorliegend also den Clubmitgliedern) das Recht eingeräumt wird, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen. Vorliegend verlängert sich das Vertragsverhältnis nicht auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit, sondern um ein Jahr. Das verstößt gegen § 309 Nr. 9 b) BGB. Zu § 309 Nr. 9 BGB siehe auch Rn 1564i.

- 63 Weitere Vorschriften des BGB, welche die Inhaltsfreiheit einschränken, finden sich z.B. in den allgemeinen Korrekturvorschriften der §§ 134, 138 und 242 BGB. Auch das Verbraucherschutzrecht (§§ 312 ff., 474 ff., 491 ff., 506 ff. BGB) schränkt die Inhaltsfreiheit erheblich ein (siehe nur §§ 474 ff. BGB).

## X. Regelung der Beweislast

- 64 Tragendes Prinzip des Zivilprozesses ist die **Dispositionsmaxime**: Der Anspruchsteller kann zunächst frei entscheiden, ob und in welchem Umfang er zur Durchsetzung seiner Rechte die Gerichtsbarkeit bemüht. Ist er klagebefugt, kann er Klage erheben (siehe § 253 ZPO), muss es aber nicht. Im laufenden Gerichtsverfahren bringt die Dispositionsmaxime zum Ausdruck, dass der Rechtsstreit grds. durch die Parteien beherrscht wird<sup>132</sup>:

<sup>128</sup> Zum AGB-Recht vgl. ausführlich Rn 1488 ff., zu den Schönheitsreparaturklauseln dort Rn 1569 und 1580 f.

<sup>129</sup> Nach OLG Jena 18.11.2021 – 1 U 1303/20.

<sup>130</sup> OLG Jena 18.11.2021 – 1 U 1303/20.

<sup>131</sup> Eingefügt durch das „Gesetz für faire Verbraucherverträge“ v. 10.8.2021 (BGBl I 2021, S. 3433). Gültig für Verträge, die ab dem 1.3.2022 geschlossen wurden.

<sup>132</sup> Vgl. Thomas/Putzo-Seiler, ZPO, Einl I Rn 5.

Was die Parteien nicht vorbringen bzw. nicht beantragen, wird grds. nicht verhandelt. Zudem kann der Kläger die Klage zurückziehen (§ 269 ZPO). An die Dispositionsmaxime knüpft die **Verhandlungsmaxime** an, wonach generell nur die Parteien das Tatsachenmaterial vorgeben, das der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegt. Die Parteien sind insoweit für die Beschaffung der Beweismittel verantwortlich (**Beibringungsgrundsatz**). Der Beibringungsgrundsatz fußt auf der im Zivil(prozess)recht geltenden (unausgesprochenen) Grundregel („*Rosenbergsche Formel*“<sup>133</sup>), wonach bei einem non liquet („es ist nicht klar“) jede Partei die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Rechtsnorm, auf die sie sich stützt, beweisen muss und somit das Risiko der Nichterweislichkeit einer Beweisbehauptung trägt (**Beweislast**, die im Rahmen des § 286 ZPO zu berücksichtigen ist).<sup>134</sup> So heißt es in einem Urteil des BGH hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatz wegen illegalen Filesharings, dass nach den allgemeinen Grundsätzen die Klägerin als Anspruchstellerin die Darlegungs- und Beweislast dafür trage, dass die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs auf Schadensersatz erfüllt seien. Sie habe darzulegen und im Bestreitensfall nachzuweisen, dass die Beklagten für die von ihr behauptete Urheberrechtsverletzung als Täter verantwortlich seien.<sup>135</sup>

Auch wenn den Anspruchsteller die volle Darlegungs- und Beweislast trifft, hat er grundsätzlich keinen Auskunftsanspruch gegen den Anspruchsgegner in Bezug auf Nennung der ihn begünstigenden Umstände. Der Anspruchsteller muss sich die für den Prozesssieg erforderlichen Informationen grds. schon selbst beschaffen. So trägt er gemäß den genannten allgemeinen Beweisgrundsätzen die grundsätzliche Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen (d.h. für das Bestehen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen); der Anspruchsgegner trägt die Beweislast für die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen (d.h. für die Voraussetzungen der Gegennormen, die dem Anspruch des Anspruchstellers entgegenstehen, wie z.B. die Anfechtungsvoraussetzungen, die der Anspruchsgegner dem Anspruchsteller entgegenhält<sup>136</sup>).<sup>137</sup> Etwas anderes gilt, wenn das Gesetz besondere Auskunftsansprüche gewährt, etwa nach § 1605 BGB (Auskunftsanspruch im Rahmen der Unterhaltspflicht von Verwandten in gerader Linie), nach § 1580 BGB (Auskunftsanspruch zur Geltendmachung des nahehelichen Unterhalts), nach § 1379 BGB (Auskunftsanspruch nach Beendigung des Güterstands) und nach § 4 VersAusglG (Auskunftsanspruch zur Durchführung des Versorgungsausgleichs).

Bei Schuldverhältnissen aus Verträgen greift **§ 363 BGB**. Danach trifft den Gläubiger, der eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

**Beispiel:** K kauft von V ein gebrauchtes Smartphone. Eine Woche nach Übergabe macht K geltend, der Akku sei defekt.

Unterstellt, dass V und K Privatpersonen sind und dass ein Ausschluss der Mängelrechte nicht vereinbart wurde, kann K Mängelrechte (Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt und u.U. auch Schadensersatz) geltend machen, sofern ein Sachmangel i.S.v. § 434 BGB vorliegt und dieser Sachmangel bereits zum Zeitpunkt der Übergabe (Gefährübergang, § 446

<sup>133</sup> *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. (1965), S. 98 f.

<sup>134</sup> Vgl. etwa NJW 2018, 65; BGH NJW 2012, 3774, 3775; ferner *Gsell*, JuS 2005, 967 ff.; *Neuner*, AT, § 7 Rn 34 ff.; *Muthorst*, JuS 2014, 686, 688; *Schärtl*, NJW 2014, 3601 ff.

<sup>135</sup> BGH NJW 2018, 65 (mit Verweis u.a. auf BGH NJW 2017, 78; NJW 2016, 953; NJW 2013, 1441; BGHZ 200, 78).

<sup>136</sup> Zu den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen vgl. Rn 97, 915 ff., 1622 ff.

<sup>137</sup> Vgl. nur BGHZ 53, 245, 250; 113, 222, 224 f.; *Schilken*, ZivilProzR, Rn 503; *Muthorst*, JuS 2014, 686, 689.

BGB) vorhanden war.<sup>138</sup> Dies müsste K aber gem. § 363 BGB beweisen. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, wird er keinen Erfolg haben.<sup>139</sup>

- 65 Freilich führen die Dispositionsmaxime, die Verhandlungsmaxime und der Beibringungsgrundsatz dazu, dass die Wahrheitsfindung nicht immer gewährleistet ist. Eine ständige Gewährleistung der Wahrheitsfindung will die Zivilrechtsordnung (insbesondere die Zivilprozessordnung) offenbar – jedenfalls im Grundsatz – aber auch gar nicht.<sup>140</sup> Gleichwohl enthält sie – jedenfalls, wenn es um (vertragliche oder deliktische) Schadensersatzansprüche<sup>141</sup> geht – Ausnahmen von den genannten Grundsätzen, insbesondere von der Zuordnung der Beweislast. So kennt die Zivilprozessordnung **Beweiserleichterungen**, also Beweisregelungen, bei denen es zwar bei der Grundregel, wonach der Anspruchsteller das Vorhandensein der ihn begünstigenden Umstände beweisen muss, bleibt, jedoch das Beweismaß herabgesetzt ist, etwa in § 287 I S. 1 ZPO: „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.“ Ebenfalls eine Beweiserleichterung enthält § 294 ZPO (Glaubhaftmachung). Auch im **famliengerichtlichen** Verfahren wäre die Anwendung der allgemeinen Beweislastregelungen für den Kläger bzw. Antragsteller mitunter unzumutbar. Gemäß §§ 26, 127 FamFG besteht sogar ein (eingeschränkter) **Amtsermittlungsgrundsatz**, d.h. das Familiengericht hat entscheidungserhebliche Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln.<sup>142</sup>

In der Rechtsprechung anerkannt ist zudem die Beweisführung durch die Annahme eines **Anscheinsbeweises**. Dieser vermittelt dem Tatgericht die widerlegliche Überzeugung, dass ein Geschehnis so verlaufen sei, wie es nach der Lebenserfahrung für gleichartige Geschehnisse typisch ist.<sup>143</sup> Weiterhin ergeben sich Beweislasterleichterungen aus der prozessualen **Wahrheitspflicht** (§ 138 I ZPO) und der **Erklärungslast** (§ 138 II ZPO). Im Rahmen der Erklärungslast nach § 138 II ZPO kann der Beklagte sogar verpflichtet sein, dem beweisbelasteten Kläger Informationen zu geben. Das ist der Fall, wenn eine Nichtpreisgabe entscheidungserheblicher Umstände eine Vereitelung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen bedeutete. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG darf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast den Schutz grundrechtlicher Gewährleistungen nicht leerlaufen lassen.<sup>144</sup> Angesprochen ist damit die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, die ja nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen, sondern als objektive Wertordnung auch im Privatrechtsverhältnis wirken und damit auch im Zivilverfahrensrecht zu beachten sind. Hat die primär darlegungsbelastete Partei (d.h. der Kläger) keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und fehlt ihr auch die Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung, kann aber umgekehrt der Prozessgegner die wesentlichen Tatsachen, die über den Prozess entscheiden, mühelos beisteuern, und wäre die Vorenthaltung für den darlegungs- und beweispflichtigen Kläger vor dem Hintergrund der mittelbaren Grundrechtsgeltung unzumutbar (d.h. bedeutete für

<sup>138</sup> Mit „Mangel bei Gefahrübergang“ ist nicht gemeint, dass der Mangel zu diesem Zeitpunkt sichtbar gewesen sein muss; es genügt, wenn der Mangel „latent vorhanden“ bzw. „angelegt“ war (BGH NJW 2014, 1086, 1087). Die Sachmängelrechte sind also auch dann anwendbar, wenn sich der Mangel erst später zeigt, er jedoch bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs latent vorhanden, d.h. angelegt war. Dann ist die Sache wegen der bestehenden Ursache bzw. weil der Mangel latent vorhanden, d.h. angelegt war, mangelhaft i.S.d. § 434 BGB (BGHZ 159, 215, 217 f. – Motorschaden durch gerissenen Zahnriemen; BGH NJW 2006, 434, 435 – Turboladerdefekt; NJW 2006, 2250, 2251 f. – Allergie eines Pferdes gegen Mückenstiche; NJW 2014, 1086 f. – Vorschädigung der Sehnen eines Pferdes). Vgl. dazu auch *Schwab*, JuS 2015, 71, 72 f.

<sup>139</sup> Vgl. auch LG Coburg 11.7.2014 – 22 O 127/14 (zur Beweislast bei Verschweigen eines Unfalls am Kfz, der einen wirtschaftlichen Totalschaden bedeutet).

<sup>140</sup> Siehe dazu BGHZ 118, 312, 323 f.; BGH NJW 2018, 65; *Oetker*, in: MüKo, § 249 Rn 8; *Brand*, NJW 2017, 3558 ff.

<sup>141</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 531 ff. und SchuldR BT II, Rn 579 ff.

<sup>142</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, FamR, 10. Aufl. 2018, Rn 172/237/373/714.

<sup>143</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 1098, 1099; NJW 2016, 1100, 1101; OLG Oldenburg 26.10.2017 – 1 U 60/17; OLG Köln AUR 2017, 62; OLG München NJW 2015, 1892, 1893 – siehe dazu unten Rn 68a ff.

<sup>144</sup> BVerfG NJW 2000, 1483, 1484.

ihn eine Grundrechtsverletzung), kann § 138 II ZPO i.V.m. § 242 BGB dazu führen, dass der Beklagte dem beweisbelasteten und sich in einem „Beweisnotstand“ befindlichen Kläger die erforderlichen Informationen verschaffen muss, jedenfalls sofern es ihm un-  
schwer möglich und zumutbar ist.<sup>145</sup> Allerdings muss der Darlegungs- und Beweispflichtige, den die **primäre Darlegungslast** trifft, zumindest substantiierte Anhaltspunkte dafür liefern, dass allein die andere Partei über prozessentscheidende Informationen verfüge und die Nichtverpflichtung zur Offenlegung für ihn (den Beweispflichtigen) eine unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigung darstelle.<sup>146</sup> Ist das der Fall, kann den Beklagten eine **sekundäre Darlegungslast** treffen.<sup>147</sup> Dieser hat dann ihn entlastende Tatsachen vorzutragen.<sup>148</sup> Kommt er dem nicht nach, gilt die Behauptung des Klägers nach § 138 III ZPO als zugestanden.<sup>149</sup> Die sekundäre Darlegungslast fußt mithin auf dem unterschiedlichen Informationsstand der Vertragsparteien und der mittelbaren Grundrechtsgeltung auch im Zivilprozess(recht). Zu beachten ist aber, dass die sekundäre Darlegungslast nach dem BGH weder zu einer Umkehr der Beweislast führt noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 I, II ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des Anspruchsgegners führt, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozesserverfolg benötigten Informationen zu verschaffen.<sup>150</sup> Es besteht lediglich die Verpflichtung, die bekannten wesentlichen Tatsachen zu offenbaren und im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren Nachforschungen zu unternehmen.<sup>151</sup>

**Beispiel 1:** Im Zuge eines anhängigen Rechtsstreits über den Rücktritt von einem Immobilienkaufvertrag wegen eines angeblichen Wasserschadens macht die Klägerin geltend, das Ausmaß des Wasserschadens sei von der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen bagatellisiert worden. Sie verlangt Herausgabe des seinerzeitigen Sachverständigenutachtens und der Reparaturrechnung, um ihre Ansprüche zu begründen.

In diesem Fall kann es § 138 II ZPO i.V.m. § 242 BGB i.V.m. der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gebieten, dass sich die Beklagte zu den behaupteten Tatsachen erklärt und die Informationen preisgibt bzw. die Unterlagen offenlegt. Kommt die Beklagte danach ihrer sekundären Darlegungslast nach, trifft nunmehr die Klägerin die volle Darlegungs- und Beweislast für die Mängel und die fehlende Aufklärung. So hat der BGH entschieden: „Behauptet der Verkäufer, den Käufer vor Vertragsschluss über einen offenbarungspflichtigen Umstand aufgeklärt zu haben, muss der Käufer beweisen, dass die Aufklärung nicht erfolgt ist“.<sup>152</sup>

**Beispiel 2:** Auch der BGH hat in seinen bereits genannten Urteilen zu den „Diesel-Fällen“ zunächst deutlich gemacht, dass die Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen, dass die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs auf Schadensersatz erfüllt seien. Sodann hat er ausgeführt, die Haftung einer juristischen Person (hier: die Volkswagen AG bzw. die Audi AG) aus § 826 BGB setze voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.d. § 31 BGB<sup>153</sup> den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht habe.<sup>154</sup> Da dies von den Klägern, die über keinerlei Zugang zu internen Vorgängen hatten, selbstverständlich nicht nachgewiesen werden konnte, wendete der BGH die Figur der sekundären Darlegungslast an: Enthalte

<sup>145</sup> BGH NJW 2014, 2360, 2361; BGH NJW 2021, 1669, 1670.

<sup>146</sup> Siehe BGH NJW 2012, 3774, 3775; BVerfG NJW 2000, 1483, 1484.

<sup>147</sup> Zur sekundären Darlegungslast vgl. auch BGH NJW 2014, 2360, 2361; BGH NJW 2018, 2412, 2413 ff.; BGH NJW 2020, 2804, 2807; BGH NJW 2020, 1962, 1966; BGH NJW 2021, 1669, 1670.

<sup>148</sup> Siehe BGH NJW 2014, 2360, 2361 (und wortgleich) BGH NJW 2021, 1669, 1671): „Den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei trifft in der Regel eine sekundäre Darlegungslast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne Weiteres möglich und zumutbar sind.“ Siehe auch BGH NJW 2020, 2804, 2807 und BGH NJW 2020, 1962, 1966.

<sup>149</sup> BGH NJW 2021, 1669, 1671 mit Verweis auf BGH NJW 2020, 2804, 2807 und BGH NJW 2020, 1962, 1966.

<sup>150</sup> BGH NJW 2021, 1669, 1671.

<sup>151</sup> BGH NJW 2021, 1669, 1671.

<sup>152</sup> BGH NJW 2014, 3296, 3297.

<sup>153</sup> Zur Rechtsnatur des § 31 BGB als Haftungszuweisungsnorm siehe Rn 133.

<sup>154</sup> BGH NJW 2021, 1669, 1670 f.

das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Vorstände von der strategischen Entscheidung hinsichtlich der unzulässigen Abschalteneinrichtung Kenntnis hatten, obliege es dem Klagegegner im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, in zumutbarer Weise Nachforschungen zu unternehmen.<sup>155</sup>

66 Teilweise sieht aber auch das materielle Recht selbst eine **Erleichterung** oder sogar eine **Umkehr** der Beweislast vor oder normiert eine **gesetzliche Vermutung**. Teilweise nimmt das Gesetz auch eine **Beweislastverteilung** zwischen Gläubiger und Schuldner vor, z.B. bei

- Schadensersatz bei Pflichtverletzung: Bei § 280 I BGB handelt es sich um eine Verschuldenshaftung (der Schuldner haftet nur bei Vertretenmüssen, §§ 280 I, 276 BGB). Hinsichtlich der Beweislast gilt: Während nach den allgemeinen Beweisregelungen grds. der Gläubiger das Vorliegen des Schadens, die Schadensentstehung und den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden beweisen muss, ergibt sich aus der Negativformulierung in § 280 I S. 2 BGB, dass der Gesetzgeber annimmt, der Schuldner habe die zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung zu vertreten. Jedoch eröffnet der Gesetzgeber mit § 280 I S. 2 BGB dem Schuldner die Möglichkeit, die Grundannahme (durch Erbringung des Gegenbeweises) zu widerlegen: Kann der Schuldner beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, haftet er nicht aus § 280 I BGB.

**Beispiel**<sup>156</sup>: Wird in einer Autowaschanlage ein Fahrzeug beschädigt, greift die gesetzliche Vermutung aus § 280 I S. 2 BGB, dass der Betreiber die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Kann aber der Betreiber den Nachweis erbringen, dass seine Anlage ordnungsgemäß gewartet und täglich einer Sichtprüfung mit Testwäsche unterzogen wurde und dass dabei Defekte nicht festgestellt bzw. ordnungsgemäß behoben wurden, ist vom Gelingen des Gegenbeweises auszugehen.

- Das gleiche Prinzip gilt beim Schuldnerverzug: Hier muss der Schuldner beweisen, dass er den verzugsbegründenden Umstand nicht zu vertreten hat (§ 286 IV BGB).
- Schadensersatz bei Leistungshindernis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses: Hier muss der Schuldner beweisen, dass er das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat (§ 311a II S. 2 BGB).
- Auch hat der Gesetzgeber bei bestimmten gesetzlich geregelten Ausnahmetatbeständen eine (abweichende) Beweislast geregelt, etwa bei § 179 III S. 1 BGB, wonach der ohne Vertretungsmacht handelnde Vertreter beweisen muss, dass der andere Teil (d.h. der Geschäftsgegner) den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste<sup>157</sup>, oder bei § 932 I, II BGB, wonach der die Herausgabe Verlangende beweisen muss, dass dem Erwerber entweder bekannt war oder ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört<sup>158</sup>; vgl. dazu das Beispiel bei Rn 67.
- Ist eine Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft (siehe § 434 bzw. § 475b BGB), greifen bestimmte Mängelrechte (siehe § 437 BGB). Hinsichtlich der Beweislast gilt: Zwar muss der Käufer beweisen, dass (überhaupt) ein Sachmangel vorliegt.<sup>159</sup> Gelingt ihm aber dieser Beweis, greift die Beweislastregelung des § 477 I S. 1 BGB: „Zeigt sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 oder § 475b abweichender Zustand der Ware, so wird vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar.“ Damit folgt das Gesetz der zwingenden Regelung des Art. 11 I S. 1 WKRL. Es genügt also, wenn der Verbraucher den Mangel nachweist und ihn binnen der Verjährungsfrist geltend macht. Zudem erstreckt sich die Regelvermutung des § 477 I S. 1 BGB darauf, dass der binnen eines Jahres nach Gefahrübergang zutage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang

<sup>155</sup> BGH NJW 2021, 1669, 1671.

<sup>156</sup> Nach LG Frankenthal 27.10.2021 – 4 O 50/21.

<sup>157</sup> Schubert, in: MüKo, § 179 Rn 53 ff.

<sup>158</sup> Herrler, in: Grüneberg, § 932 Rn 15.

<sup>159</sup> Insoweit lediglich klarstellend BGH NJW 2017, 1093, 1095 (mit Verweis u.a. auf BGHZ 159, 215, 217 f.; 200, 1).

vorgelegen hat<sup>160</sup> (also „latent“ vorhanden war). Beim Kauf eines lebenden Tieres gilt gem. § 477 I S. 2 BGB diese Vermutung für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang.

Sache des Verkäufers ist nun, diese Regelvermutung(en) zu widerlegen, d.h. zu beweisen, dass der Mangel nicht schon bei Gefahrübergang vorhanden bzw. angelegt war.

**Beispiel:** Handelte es sich im Beispiel von Rn 64 um einen Verbrauchsgüterkauf (V wäre Unternehmer und K Verbraucher<sup>161</sup>), bliebe es zwar dabei, dass K das Vorliegen eines Sachmangels beweisen müsste. Gemäß § 477 I S. 1 BGB wird aber innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang vermutet, dass dieser Sachmangel (sofern dessen Vorliegen von K bewiesen werden könnte) bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag bzw. angelegt war. V müsste nun beweisen, dass der Mangel nicht schon bei Gefahrübergang vorhanden war bzw. angelegt war.

- Schließlich sei die Beweislastregelung hinsichtlich der Haftung bei humanmedizinischen Aufklärungs- und Behandlungsfehlern genannt: Im Rahmen eines Behandlungsvertrags (§§ 630a ff. BGB) hat gem. § 630h II S. 1 BGB der Behandelnde zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d BGB eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB aufgeklärt hat.<sup>162</sup>

Kennzeichen der genannten Beweislastumkehr bzw. Beweislastverteilung ist entweder eine explizite Anordnung der Beweislast („Der Behandelnde hat zu beweisen, dass ...“ in § 630h II S. 1 BGB) oder die gesetzliche (meist „negative“) Formulierung: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn...“ in § 986 I S. 1 BGB; „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange...“ in § 286 IV BGB; „es sei denn“ in §§ 287 S. 2, 848 und 932 I S. 1 BGB; „Dies gilt nicht, wenn...“ in §§ 280 I S. 2 und 311a II S. 2 BGB“.

66a

Die meisten der aufgezählten Beispiele sind zugleich Beispiele für **widerlegliche gesetzliche Vermutungen** (Rn 56), wodurch klar wird, dass widerlegliche gesetzliche Vermutungen zugleich Beweislastregelungen darstellen.

67

**Beispiel:** Vor einiger Zeit hat A sein Notebook an B verliehen, aber trotz mehrfachen Herausgabeverlangens bis heute nicht zurückerhalten. Als A bei C zu Besuch ist, sieht er dort das Notebook und verlangt es von C heraus. C ist aber der Meinung, A könne es nicht herausverlangen, da er (C) es rechtmäßig von B erworben habe; er sei davon ausgegangen, dass das Notebook B gehört habe. A widerspricht dieser Darstellung. Er meint, C habe sehr wohl gewusst, dass B das Notebook nur geliehen habe.

Der geltend gemachte Herausgabeanspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben. Dazu müsste A zunächst (noch) Eigentümer sein. Ursprünglich war er Eigentümer; er hat das Eigentum aber verloren, wenn C gem. §§ 929, 932 BGB gutgläubig Eigentum von B erworben hat. § 932 I S. 1 BGB regelt den Fall, dass ein Eigentumserwerb auch dann möglich ist, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist. Voraussetzung ist aber, dass der Erwerber in gutem Glauben ist. Nach der „Negativdefinition“ in § 932 II BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Mithin stellt sich die Frage, wer die diesbezügliche Beweislast trägt. Die Antwort liefert § 932 I S. 1 BGB. Aus der dortigen Formulierung „es sei denn“ folgt, dass das Gesetz einen guten Glauben auf Seiten des Erwerbers vermutet. Gestützt wird diese Vermutung durch § 1006 I S. 1 BGB. Es ist Sache des Anspruchstellers (vorliegend also des A), diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Er trägt die Beweislast für die Bösgläubigkeit des C. Kann A also nicht beweisen, dass C über die tatsächlichen Verhältnisse informiert war oder zumindest grob fahrlässig die Eigentumslage verkannte (§ 932 II BGB), ist sein Herausgabeanspruch unbegründet.

<sup>160</sup> Siehe BGH NJW 2017, 1093, 1095 f. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf EuGH NJW 2015, 2237, 2239 ff. und unter Aufgabe seiner früheren entgegenstehenden Rechtsprechung (vgl. nur BGHZ 159, 215, 217 – Zahnriemen).

<sup>161</sup> Zu diesen Begriffen vgl. Rn 221 ff.

<sup>162</sup> Zur Beweislast im Arzthaftungsrecht vgl. etwa BGH NJW 2016, 1328 f.; OLG Hamm ArztR 2018, 292. Siehe auch die Übersicht bei *Spickhoff*; NJW 2018, 1725, 1727 ff.

Ein weiteres Beispiel einer Beweislastregel stellt der bereits erwähnte § 280 I S. 2 BGB dar. Durch die negative Formulierung („Das gilt nicht, wenn...“) und die systematische Stellung hinter der Grundregel des § 280 I S. 1 BGB hat der *Schuldner* zu beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.<sup>163</sup> Dieselbe Systematik steht hinter § 833 S. 2 BGB, wonach der Tierhalter beweisen muss, dass z.B. der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden wäre. Auch derjenige, der sich eines Verrichtungsgehilfen bedient, muss, wenn er sich entlasten möchte, beweisen, dass er bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (§ 831 I S. 2 BGB). V

Und § 630h V S. 1 BGB stellt die widerlegliche Vermutung auf („wird vermutet“), dass ein grober Behandlungsfehler, der grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, für die Verletzung ursächlich war<sup>164</sup> (vgl. des Weiteren § 630h I, III, IV BGB). Eine Umkehr der Beweislast bzw. eine Anordnung einer widerleglichen Vermutung des Vertretenmüssens für grobe Behandlungsfehler auch im veterinärmedizinischen Bereich hat der Gesetzgeber hingegen bewusst nicht vorgenommen, weshalb auch eine analoge Anwendung des § 630h I, III, IV, V S. 1 BGB ausscheidet.<sup>165</sup> Das heißt jedoch nicht, dass der Geschädigte die (volle) Beweislast trägt. Denn dadurch, dass der Gesetzgeber es der Rechtsprechung unbenommen gelassen hat, die einst von ihr zu den ärztlichen Behandlungsfehlern entwickelten Kriterien, die zu einer Beweislastumkehr bei schweren Behandlungsfehlern im humanmedizinischen Bereich geführt haben, auf schwere tierärztliche Behandlungsfehler zu übertragen, und der BGH dem gefolgt ist<sup>166</sup>, muss also auch im veterinärmedizinischen Bereich der Behandelnde, dessen schwerer Behandlungsfehler geeignet ist, den Schaden herbeizuführen, den Nachweis erbringen, dass der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Behandlung eingetreten wäre. Soweit ihm dieser Nachweis nicht gelingt, muss er Schadensersatz leisten.<sup>167</sup>

Zu § 477 I S. 1 BGB, der widerleglich vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, siehe bereits oben.

- 68** Beweislasteasierungen und sogar Beweislastumkehrungen hat die Rechtsprechung insbesondere auf dem Gebiet der **deliktischen Produzentenhaftung** entwickelt, um die Rechtsstellung Produktgeschädigter zu verbessern, die, wenn sie die Beweislast träge, kaum in der Lage wären, den Beweis zu führen, dass das konkrete Produkt aufgrund eines Verschuldens des Produzenten fehlerhaft war (dazu *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 923 ff.). Ähnlich verhält es sich bei **groben Behandlungsfehlern** von Ärzten, wobei die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr nunmehr (in Bezug auf vertragliche Haftung) gesetzlich geregelt ist (vgl. § 630h I, III, IV, V S. 1 BGB – dazu Rn 66/67). Hinsichtlich der Haftung bei tierärztlichen Behandlungsfehlern hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen. Teilweise wird vertreten, in analoger Anwendung des § 630h I, III, IV, V S. 1 BGB eine Beweislastumkehr auch bei schweren tierärztlichen Behandlungsfehlern anzunehmen.<sup>168</sup> Da aber infolge bewusster Nichtregelung seitens des Gesetzgebers die für eine Analogie erforderliche unbeabsichtigte Regelungslücke (zu den Voraussetzungen einer Analogie vgl. Rn 39 ff.) nicht vorliegt, ist dies abzulehnen.<sup>169</sup> Jedoch greifen – wie bereits ausgeführt – aufgrund ausdrücklichen Anheimstellens des Gesetzgebers die von der Rechtsprechung zu humanmedizinischen Behandlungsfehlern

<sup>163</sup> Das gilt aber nicht uneingeschränkt für alle Schuldverhältnisse. So ordnet im Arbeitsrecht § 619a BGB an, dass der Arbeitgeber die Beweislast für die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers trägt.

<sup>164</sup> Zu den Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten im Arzthaftungsprozess vgl. etwa BGH NJW 2016, 1328 f. Siehe auch OLG Hamm MDR 2018, 1120 (schwere Hirnschädigung wegen groben Behandlungsfehlers). Übersicht bei *Spickhoff*, NJW 2018, 1725, 1727 ff.

<sup>165</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie vgl. oben Rn 39 ff.

<sup>166</sup> BGH NJW 2016, 2502 ff.

<sup>167</sup> Vgl. dazu den Beispielfall bei *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 606a.

<sup>168</sup> LG Osnabrück 12.9.2014 – 3 O 1494/11.

<sup>169</sup> So auch OLG Oldenburg 26.3.2015 – 14 U 100/14; BGH NJW 2016, 2502, 2503 f.

entwickelten Grundsätze nunmehr für den Bereich veterinärmedizinischer Behandlungsfehler (vgl. dazu oben sowie *R. Schmidt*, SchulR BT II, Rn 606a).

Insbesondere für den Bereich von Verkehrsunfällen im Straßenverkehr erleichtert die Rechtsprechung die Beweisführung durch die Annahme eines **Anscheinsbeweises**. Dieser vermittelt dem Tatgericht die widerlegliche Überzeugung, dass ein Geschehnis so verlaufen sei, wie es nach der Lebenserfahrung für gleichartige Geschehnisse typisch ist.<sup>170</sup> Bei Verkehrsunfällen impliziert § 9 V StVO („... muss sich ... so verhalten, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist“) einen solchen Anscheinsbeweis. Wenn also im Straßenverkehr andere Verkehrsteilnehmer gefährdet werden, spricht der in § 9 V StVO zum Ausdruck kommende Anscheinsbeweis dafür, dass der Gefährdende bzw. der den Verkehrsverstoß Begehende den Unfall, in den er verwickelt ist, auch verursacht hat.<sup>171</sup> So spricht beim Auffahren auf den vorausfahrenden Wagen der Anschein dafür, dass der Auffahrende unaufmerksam war oder einen zu geringen Abstand einhielt.<sup>172</sup> Auch wenn jemand nach links in eine Nebenstraße oder in eine Grundstückseinfahrt einbiegt und mit einem überholenden Fahrzeug kollidiert, spricht der Anscheinsbeweis für ein Verschulden des Abbiegenden.<sup>173</sup>

68a

Entkräftet wird der Anscheinsbeweis durch die Darlegung von Tatsachen, die einen atypischen Verlauf ernsthaft möglich erscheinen lassen.<sup>174</sup> So wird der Anscheinsbeweis, dass grds. der Auffahrende der Unfallverursacher ist, entkräftet, wenn das vorausfahrende Fahrzeug scharf abgebremst wurde, ohne dass dies verkehrsbedingt gewesen wäre („Vollbremsung aus dem Nichts“).<sup>175</sup> Das wiederum kann etwa der Fall sein, wenn sich der Fahrer des vorausfahrenden Autos durch einen Überholversuch des „Hintermanns“ provoziert fühlte und diesen durch das plötzliche Abbremsen maßregeln wollte.<sup>176</sup> Das Gleiche gilt, wenn dem Fahrer des vorausfahrenden Autos plötzlich „einfällt“, nach rechts in eine Einfahrt einfahren zu wollen, und er daher scharf abbremst.<sup>177</sup> Die Entkräftung des Anscheinsbeweises kann insbesondere durch Hinzuziehung eines Sachverständigengutachtens erfolgen.<sup>178</sup>

68b

Ob Tatsachen, die den Anscheinsbeweis in Frage stellen bzw. entkräften, dazu führen, dass die Haftung ganz oder teilweise entfällt, ist eine Frage des Einzelfalls. Sofern die Haftung nicht gänzlich entfällt, ist ein Mitverschulden auf Seiten des Geschädigten vorstellbar.<sup>179</sup>

68c

---

<sup>170</sup> Vgl. auch BGH NJW 2016, 1098, 1099; NJW 2016, 1100, 1101; OLG Oldenburg 26.10.2017 – 1 U 60/17; OLG Köln AUR 2017, 62; OLG München NJW 2015, 1892, 1893.

<sup>171</sup> OLG München NJW 2015, 1892, 1893.

<sup>172</sup> Vgl. etwa OLG Hamm DAR 2014, 206, 207.

<sup>173</sup> Vgl. auch OLG München NJW 2015, 1892, 1893.

<sup>174</sup> Vgl. dazu BGHZ 8, 239, 240; BGH NJW 2012, 608 f.; NJW 2016, 1098, 1099; NJW 2016, 1100, 1101; OLG Stuttgart NJW 2014, 3317 f.; OLG München NJW 2015, 1892, 1893; *Prütting*, in: MüKo-ZPO, § 286 Rn 48 ff.

<sup>175</sup> OLG Stuttgart NJW 2014, 3317 f.

<sup>176</sup> Vgl. OLG Oldenburg 26.10.2017 – 1 U 60/17.

<sup>177</sup> Vgl. abermals OLG Oldenburg 26.10.2017 – 1 U 60/17.

<sup>178</sup> Vgl. auch OLG Köln AUR 2017, 62.

<sup>179</sup> Vgl. OLG Oldenburg 26.10.2017 – 1 U 60/17: Mitverschulden von 1/3 für den Fall, dass sich der Fahrer durch einen Überholversuch seines Hintermannes provoziert gefühlt habe und diesen durch das plötzliche Abbremsen maßregeln wollen.

## E. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip

### I. Das Trennungsprinzip als Fundamentalprinzip

69 In rechtstechnischer Hinsicht ist das BGB gekennzeichnet durch das Trennungsprinzip und das Abstraktionsprinzip, welche von *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861)<sup>180</sup> entwickelt wurden<sup>181</sup> und die ihren Hauptanwendungsbereich bei sachenrechtlichen Erwerbstatbeständen finden, die ihre Grundlage im Schuldrecht haben. Wie diesbezüglich bereits erwähnt, wirken schuldrechtliche Verhältnisse grundsätzlich nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Parteien, also *inter partes*. Mithin beschreibt das **Schuldrecht** die Beziehungen von Rechtssubjekten untereinander, weshalb man insoweit auch von der Relativität der Schuldverhältnisse spricht.<sup>182</sup> Demgegenüber entfalten **sachenrechtliche** Geschäfte Wirkungen gegenüber jedermann, gelten also *inter omnes*. Daraus folgt, dass die schuldrechtlichen Verpflichtungen grundsätzlich keine Änderung der sachenrechtlichen Verhältnisse bewirken. Hierzu bedarf es weiterer, sachenrechtlicher Geschäfte. Wenn bspw. A dem B ein Kfz verkauft, ist B deswegen noch nicht allein aufgrund des Kaufvertrags Eigentümer geworden. Zwar hat B einen **schuldrechtlichen** Anspruch aus § 433 I S. 1 BGB auf Übereignung (= Eigentumsübertragung) und Übergabe (= Besitzverschaffung) des Wagens, aber für die Änderung der Eigentumsverhältnisse ist noch ein weiteres, **sachenrechtliches Übertragungsgeschäft** erforderlich.<sup>183</sup> Die Übereignung des Gegenstands hat nach den Regelungen der §§ 929 ff. BGB zu erfolgen. Erst wenn dieses Übertragungsgeschäft abgeschlossen ist, ist B Eigentümer geworden. Die strikte Trennung von schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäften und sachenrechtlichen Übertragungsgeschäften (Erfüllungsgeschäften; Verfügungsgeschäften) wird mit dem Begriff „**Trennungsprinzip**“ beschrieben, weil die sachenrechtliche Zuordnung trennt von der (zuvor eingegangenen) schuldrechtlichen Verpflichtung zu behandeln ist<sup>184</sup>: Der Schuldner „verpflichtet“ sich (zunächst) schuldrechtlich, über den Inhalt des Geschäfts (später) sachenrechtlich zu „verfügen“, d.h. auf sein dingliches Recht dergestalt einzuwirken, dass es übertragen, belastet, aufgehoben oder in seinem Inhalt geändert wird.<sup>185</sup>

70 **Beispiel:** A verkauft B seinen gebrauchten Mini für 10.000 €. Da A den Wagen am Abend aber noch selbst benötigt, vereinbaren beide, dass B den Wagen am nächsten Tag abholen könne und diesen auch dann erst in bar bezahlen solle.

Das **schuldrechtliche** Verhältnis stellt hier der Kaufvertrag (§ 433 BGB) dar. Danach ist A verpflichtet (daher auch **Verpflichtungsgeschäft** genannt), den Wagen an B zu übereignen (also ihm das Eigentum daran zu verschaffen) und ihn ihm zu übergeben, § 433 I S. 1 BGB. B muss A den Kaufpreis zahlen und die Sache abnehmen, § 433 II BGB.

Allein der Kaufvertrag hat also noch nicht zur Folge, dass B schon Eigentümer des Wagens und A Eigentümer des Geldes ist. Dazu sind zwei weitere (**sachenrechtliche**) Rechtsgeschäfte (**Verfügungsgeschäfte**) erforderlich. Erst wenn A dem B das Auto gem. § 929 S. 1 BGB übereignet hat, ist dieser Eigentümer. Die Übereignung erfolgt durch eine dingliche Einigung und die Übergabe der Sache (bei Fahrzeugen: durch Übergabe von Fahrzeugpapieren und -schlüsseln). Das Gleiche gilt für das Geld. A und B müssen sich über den Eigentumsübergang am Geld einigen und es muss übergeben werden. Mit Erfüllung

<sup>180</sup> Vgl. bereits Rn 2 f.

<sup>181</sup> Zwar sind das Trennungs- und Abstraktionsprinzip elementare Bestandteile der Rechtsgeschäftslehre, allerdings sind es auch Fundamentalprinzipien des deutschen bürgerlichen Rechts. Daher werden sie bereits an dieser Stelle behandelt.

<sup>182</sup> Nur in wenigen Ausnahmefällen können dritte Personen von den Wirkungen eines zwischen zwei Subjekten bestehenden Schuldverhältnisses betroffen werden. Das ist bspw. beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) der Fall, bei dem eine Person sich gegenüber einer anderen verpflichtet, eine Leistung an einen Dritten zu erbringen.

<sup>183</sup> Aufgrund dieser Tatsache werden das Verpflichtungsgeschäft auch als *Grund-* bzw. *Kausalgeschäft* und das Verfügungsgeschäft als *Erfüllungsgeschäft* bezeichnet.

<sup>184</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 2014, 2790, 2791 ff.

<sup>185</sup> Zu dieser Definition der Verfügung siehe BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226; *Schwab*, in: MüKo, § 816 Rn 9; *Herrler*, in: *Grüneberg*, Einl v § 854 Rn 10; *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 30.

der aus dem Kaufvertrag resultierenden Pflichten durch die sachenrechtlichen Übertragungsgeschäfte haben also **drei Rechtsgeschäfte** stattgefunden, die stets voneinander zu trennen sind:

1. der Kaufvertrag, § 433 BGB (das **Verpflichtungs- bzw. Kausalgeschäft**),
2. die Einigung über den Übergang des Eigentums und Übergabe der Kaufsache, § 929 S. 1 BGB (**1. Verfügungsgeschäft**) und
3. die Einigung über den Übergang des Eigentums und Übergabe des Kaufpreises, § 929 S. 1 BGB (**2. Verfügungsgeschäft**).

Anmerkung: Die Trennung ist u.a. wichtig, damit Fehler dem betreffenden Rechtsgeschäft zugeordnet werden können. Hätte B z.B. mit Falschgeld bezahlt, hätte er seine Vertragspflicht nicht erfüllt und wäre weiterhin zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet gewesen. Die beiden anderen Rechtsgeschäfte wären freilich wirksam geblieben („Abstraktionsprinzip“, dazu sogleich, Rn 76 ff.).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Sind die Auswirkungen des dinglichen Rechtsgeschäfts zu untersuchen (etwa, indem nach einem Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB gefragt wird), tut man gut daran, sich im Rahmen dieser Prüfung nicht über das schuldrechtliche Kausalgeschäft zu äußern. Schon die Niederschrift des bloßen Wortes „Kaufvertrag“ auf dieser Ebene sollte vermieden werden, um Missverständnissen vorzubeugen und um zu zeigen, dass man sehr wohl verstanden hat, dass allein der Kaufvertrag noch keine Änderung der Eigentumslage bewirkt.

Das Trennungsprinzip ermöglicht es den Vertragsparteien, die Wirkungen der Verfügung und diejenigen der Verpflichtung an verschiedene Voraussetzungen zu knüpfen. Der Vorteil dieses Prinzips wird bspw. beim Verkauf einer Ware unter **Eigentumsvorbehalt** (§ 449 BGB) deutlich: Beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt wird der Verkauf als solcher ohne eine Bedingung (§ 158 BGB) abgeschlossen. Dagegen steht die Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. Der Käufer wird also erst dann Eigentümer, wenn er den Kaufpreis vollumfänglich entrichtet hat (§§ 929 S. 1, 158 I<sup>186</sup> BGB). Solange aber die Bedingung (vollständige Kaufpreiszahlung) nicht eintritt, bleibt der Vorbehaltsverkäufer Eigentümer der Sache und kann sie mitunter gem. § 985 BGB herausverlangen (sofern nicht gem. § 986 BGB der Vorbehaltskäufer ein Recht zum Besitz hat).<sup>187</sup>

**Beispiel:** A verkauft B sein gebrauchtes Smartphone für 50 €. Da B gerade kein Geld dabei hat, vereinbaren beide, dass B das Geld am nächsten Tag mitbringen könne. Das Smartphone gibt A dem B aber bereits mit.

Geht man davon aus, dass A sich das Eigentum am Smartphone vorbehalten hat, ist A also so lange noch Eigentümer, bis B nicht die 50 € bezahlt hat. Sollte die Zahlung ausbleiben, kann A das Smartphone gem. § 985 BGB herausverlangen.

Die besondere (praktische) Bedeutung des Eigentumsvorbehalts zeigt sich im **Insolvenzverfahren**. Forderungen der Gläubiger werden vom Insolvenzverwalter i.d.R. nur nach Maßgabe der Fortführung der Unternehmensgeschäfte bedient (§§ 103 ff. InsO). Im Übrigen sind Gläubiger hinsichtlich ihrer Forderungen auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle verwiesen (§§ 174, 175 InsO). Lieferanten haben also grds. keinen unmittelbaren Zugriff auf die gelieferten Sachen; vielmehr sind sie regelmäßig auf eine „Quote“

<sup>186</sup> Geht man bei § 158 BGB davon aus, dass sich die dort genannte „Bedingung“ auf ein objektiv ungewisses künftiges Ereignis bezieht, dürfte man im Fall des Eigentumsvorbehalts streng genommen § 158 I BGB lediglich analog anwenden, weil der „Bedingungseintritt“ i.d.R. allein vom Verhalten des Vorbehaltskäufers abhängt. In der Sache ändert sich dadurch aber nichts.

<sup>187</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 2006, 3488, 3489 f. mit Bespr. v. Wolf, JA 2007, 298 ff. Zum Eigentumsvorbehalt vgl. unten Rn 525/540 und 1226 sowie grundlegend Hütte/Hütte, SachenR I, Rn 846 ff.

71

72

aus der Insolvenzmasse (sofern überhaupt vorhanden) angewiesen. Hier kommt nun der Eigentumsvorbehalt ins Spiel: Gläubiger, die an den Schuldner Sachen unter Eigentumsvorbehalt geliefert haben, können im Insolvenzfall vom Insolvenzverwalter die sog. **Aussonderung** verlangen (siehe §§ 47 ff. InsO). Der Gegenstand des Aussonderungsrechts gehört dann nicht zur Insolvenzmasse und kann vom Vorbehaltsverkäufer (da dieser durch den Eigentumsvorbehalt und den nicht erfolgten Bedingungseintritt ja noch Eigentümer ist), gem. § 985 BGB herausverlangt werden. Der Insolvenzverwalter kann dies jedoch abwehren, indem er den Restkaufpreis bezahlt.

- 73 Das Trennungsprinzip ist aber auch nicht frei von **Nachteilen**: Schon vor Inkrafttreten des BGB wurde das Trennungsprinzip scharf angegriffen. Man hielt ihm vor allem vor, dass die Trennung eines einheitlichen Vorgangs (Barkauf des täglichen Lebens) in ein Kausalgeschäft (Kaufvertrag) und abstrakte Verfügungsgeschäfte (Übereignung der Kaufsache und Übereignung des Kaufpreises) der Volksanschauung widerspreche.<sup>188</sup> Virulent wird der Nachteil anhand des folgenden Beispiels:

**Beispiel:** A verkauft B seinen gebrauchten Dodge für 10.000 €. Da A den Wagen am Abend aber noch selbst benötigt, vereinbaren beide, dass B den Wagen am nächsten Tag abholen könne und diesen auch dann erst bezahlen solle. Doch noch am Abend kommt C vorbei und bietet dem A 11.000 €. A geht sofort auf dieses Angebot ein. Er übereignet den Wagen an C und erhält von diesem Zug um Zug die 11.000 €. Als B am nächsten Tag erscheint, um den Wagen in Empfang zu nehmen, erfährt er von A die Sachlage.

Da A durch den Kaufvertrag mit B noch nicht das Eigentum an diesen verloren hat, war er zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts mit C noch Eigentümer. Der Kaufvertrag führt auch nicht dazu, dass der Verkäufer die Verfügungsbefugnis über den Kaufgegenstand verliert. Daher konnte A rechtswirksam das Eigentum auf C übertragen. Da A dadurch aber nicht mehr an B leisten kann, greift die Regelung der §§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 S. 1 BGB mit der Folge, dass der schuldrechtliche Anspruch des B auf Übereignung und Übergabe erlischt und dass B nunmehr (nur noch) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit hat. Freilich setzt dies einen entsprechenden Schaden voraus. Daneben kann B gem. § 285 I BGB die Herausgabe des (Mehr-)Erlöses beanspruchen.

- 74 Dennoch dürften die genannten Vorteile, wie bei Rn 81 ff. noch zu sehen sein wird, überwiegen.

- 75 **Exkurs:** Mit der Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips unterscheidet sich das deutsche Rechtssystem grundlegend von vielen anderen Rechtssystemen. Das sei am Beispiel Frankreichs verdeutlicht: Das französische Zivilrecht (Code Civil) kennt keine Trennung von Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft. Vielmehr gilt das sog. Vertragsprinzip (Konsensprinzip), wonach das Eigentum bereits mit Abschluss etwa des Kaufvertrags auf den Erwerber übergeht, ohne dass es eines (separaten) Übertragungsgeschäfts bedarf.

Im Übrigen ist zu beachten, dass das Trennungsprinzip seinen Hauptanwendungsbereich zwar bei sachenrechtlichen Übertragungstatbeständen hat, es sich aber nicht darauf beschränkt. Vielmehr gilt es auch für rechtsgeschäftliche Übertragungstatbestände außerhalb des Sachenrechts, so etwa, wenn sich der Schuldner zu einer Abtretung einer Forderung verpflichtet und die Forderung später (gem. § 398 BGB) abtritt. Auch hier sind Verpflichtung und Verfügung voneinander getrennt zu beurteilen.

**Beispiel:** Schuldner S ist Kunde bei der Bank B und beantragt ein Firmendarlehen. Um den Kredit zu sichern, muss er seine Forderungen, die er gegenüber seinen Kunden hat, an B abtreten.

---

<sup>188</sup> Vgl. v. *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, S. 335 ff. (dazu bereits oben Rn 2); vgl. dazu auch *Brox/Walker*, AT, Rn 121; *Bayerle*, JuS 2009, 1079, 1080.

Hintergrund einer solchen Abtretung ist: Sollte S seine Raten an B nicht zahlen (können), kann B aus abgetretenem Recht (B ist ja dann Inhaber der Forderungen) gegen die Kunden des S vorgehen und vollstrecken, wie S es könnte, wenn er noch Inhaber der Forderungen wäre. Die abgetretenen Forderungen (auch solche, die künftig erst entstehen) sind also Kreditsicherungsmittel.

- Hier liegt dann im ersten Schritt eine Verpflichtung vor: S verpflichtet sich gegenüber B, Forderungen, die er gegenüber seinen Kunden hat, an B abzutreten.
- Im zweiten Schritt liegt dann eine Verfügung vor: S tritt gem. § 398 BGB die Forderungen an B ab. Mit der Abtretung wird B Gläubiger gegenüber den Kunden des S.

## II. Das Abstraktionsprinzip als Fortführung

Das **Abstraktionsprinzip** baut auf dem Trennungsprinzip auf und führt es weiter. Es besagt, dass das Fehlen der Wirksamkeit des (schuldrechtlichen) Verpflichtungsgeschäfts die Wirksamkeit des (sachenrechtlichen) Verfügungsgeschäfts im Grundsatz ebenso wenig berührt, wie dies umgekehrt der Fall ist (sog. **Fehlerunabhängigkeit**). Ist also das Verpflichtungsgeschäft unwirksam, berührt diese Unwirksamkeit grundsätzlich nicht die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts.<sup>189</sup> Der Leistende kann also nicht einfach die Sache wieder zurückverlangen. Dazu bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, die die Folgen des Abstraktionsprinzips wieder rückgängig macht. Eine solche bietet das **Bereicherungsrecht**.

76

**Beispiel:** K will von V einen antiken Kompass kaufen und macht ihm (versehentlich) ein schriftliches Angebot in Höhe von 250 €; er wollte eigentlich 150 € schreiben. V ist über dieses Angebot erfreut und übereignet dem K am nächsten Tag den Kompass. Dabei vereinbaren sie, dass K mit der Zahlung des Kaufpreises (wobei in diesem Zeitpunkt über die Höhe nicht gesprochen wird) noch eine Woche warten kann, da dieser gerade „knapp bei Kasse“ ist. Als V dann die 250 € verlangt, stellt sich der Irrtum des K heraus. Dieser ficht seine Erklärung sofort nach § 119 I Var. 2 BGB wegen eines Erklärungsirrtums wirksam an. V verlangt den Kompass zurück.

Gemäß § 142 I BGB ist der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, sodass das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft nicht mehr existiert. Dennoch bleibt K Eigentümer des Kompasses, da das Verfügungsgeschäft von der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts unberührt bleibt. § 985 BGB ist daher nicht einschlägig. Auch Ansprüche aus §§ 1007, 861 und 823 BGB scheiden aus. Es ist aber nicht gerechtfertigt, dass K den Kompass behalten darf, ohne dafür bezahlen zu müssen. Hier hilft das Bereicherungsrecht: Da K durch die Leistung des V das Eigentum und den Besitz am Kompass ohne rechtlichen Grund (der Kaufvertrag ist nichtig) erlangt hat, ist er dem V zur Herausgabe verpflichtet. V kann also nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. nach § 812 I S. 2 Var. 1 BGB<sup>190</sup> Eigentumsrückübertragung und Besitzverschaffung verlangen.

**Fazit:** Ist das Verpflichtungsgeschäft (= Kausalgeschäft) unwirksam, das Verfügungsgeschäft jedoch wirksam, besteht kein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB; vielmehr erfolgt der Ausgleich des ungerechtfertigten Rechtsverlustes nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. nach § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (sog. **Leistungskondition**).

77

Die grundsätzlich bestehende Fehlerunabhängigkeit gilt auch in der umgekehrten Konstellation:

78

**Beispiel:** V und K schließen einen Kaufvertrag über den gebrauchten Grüneberg des V. Übergabe und Übereignung sollen am nächsten Tag stattfinden. V, der die ganze Nacht sein beständenes juristisches Staatsexamen gefeiert hat und immer noch sturztrunken ist (3,4 ‰), übergibt ihn dem K am darauffolgenden Morgen.

<sup>189</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 2014, 2790, 2791 ff. Ausnahmen unten Rn 85 ff.

<sup>190</sup> Vgl. dazu Rn 85, 111 und 1268.

Der Kaufvertrag ist in diesem Fall wirksam zustande gekommen. Die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB war jedoch nach § 105 II BGB wegen der hohen Blutalkoholkonzentration nichtig, sodass K nicht Eigentümer des Grüneberg geworden ist. Trotzdem lässt diese fehlerhafte Verfügung den Bestand und die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts (des Kaufvertrags) unberührt. K hat daher noch immer gegen V einen Anspruch auf Übereignung gem. § 433 I S. 1 BGB, die sich vorliegend nach § 929 S. 2 BGB vollzöge.

- 79 Schließlich hat die grundsätzlich bestehende Fehlerunabhängigkeit zur Folge, dass auch (nur) das Geschäft **angefochten** werden kann mit der Folge von dessen Unwirksamkeit (§ 142 I BGB), auf das sich der Irrtum bezieht. Sollte sich der Irrtum also auf das Verfügungsgeschäft beziehen, ist dieses unwirksam und es besteht ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

**Beispiel**<sup>191</sup>: V und K schließen einen Kaufvertrag über den gebrauchten Grüneberg des V. Sodann will V dem K den Grüneberg übergeben und übereignen (§ 929 S. 1 BGB). Jedoch vergreift sich V und übergibt und übereignet dem K aus Versehen den gerade erst erworbenen Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, der dem Grüneberg sehr ähnelt.

Als V am nächsten Tag sein Missgeschick bemerkt, ruft er K an und verlangt den Hentschel/König/Dauer zurück.

Das Herausgabeverlangen könnte sich auf § 985 BGB stützen. Dazu müsste V aber noch Eigentümer des Buches sein. Ursprünglich war er Eigentümer. Eigentum hat er aber durch Übereignung an K gem. § 929 S. 1 BGB verloren. Jedoch könnte die der Übereignung zugrunde liegende dingliche Einigung unwirksam sein mit der Folge, dass V rückwirkend wieder Eigentümer wird (§ 142 I BGB). Die Unwirksamkeit der dinglichen Einigung könnte durch eine Anfechtung herbeigeführt worden sein. Das Herausgabeverlangen stellt eine konkludente Anfechtungserklärung dar (§ 143 BGB). Der zur Anfechtung berechtigte Grund besteht darin, dass V bei der Übereignung etwas Falsches erklärt hat; er irrte über die Identität des Verfügungsgegenstandes (§ 119 I BGB). Damit hat er seine dingliche Einigungserklärung wirksam angefochten. Die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB ist damit *ex tunc* (rückwirkend) unwirksam. V ist Eigentümer geblieben und kann das Buch gem. § 985 BGB von K, der auch kein Recht zum Besitz hat, herausverlangen. Umgekehrt hat K selbstverständlich einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grünebergs (§ 433 I S. 1 BGB).

- 80 Das Abstraktionsprinzip ist **keine zwingende Konsequenz aus dem Trennungsprinzip**. Es wäre dem Gesetzgeber durchaus möglich gewesen, den dinglichen Vertrag in seiner Wirksamkeit von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft abhängig zu machen. So wäre Folge des Beispiels von Rn 76 gewesen, dass mit Nichtigkeit des Kaufvertrags auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft nichtig gewesen wäre. V hätte also nicht über das Bereicherungsrecht Eigentumsrückübertragung verlangen müssen, sondern wäre mit Anfechtung des Kausalgeschäfts automatisch wieder Eigentümer geworden, und zwar mit Wirkung *ex tunc* (§ 142 I BGB).

- 81 Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber aus Gründen des **Verkehrsschutzes** für das Abstraktionsprinzip entschieden (vgl. auch bereits das Beispiel bei Rn 73).

- 82 **Grundüberlegung**: V verkauft (§ 433 BGB) an K ein Gemälde und übereignet es ihm (§ 929 S. 1 BGB). Später kann V seine Willenserklärung in Bezug auf den Kaufvertrag (nicht in Bezug auf das Verfügungsgeschäft!) wegen eines Inhaltsirrtums (§ 119 I BGB) erfolgreich anfechten. ⇒ Hier folgt aus dem Abstraktionsprinzip, dass die Anfechtung der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Willenserklärung keine Auswirkungen auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft hat (eine Ausnahme, die bei der sog. Fehleridentität zu machen wäre, liegt hier nicht vor – vgl. Rn 85 ff.). Die Übereignung des Gemäldes gem.

---

<sup>191</sup> Vgl. bereits die 13. Aufl. 2015.

§ 929 S. 1 BGB bleibt also wirksam, sodass K Eigentümer des Gemäldes geworden ist. Ein Anspruch des V aus § 985 BGB auf Herausgabe des Gemäldes (sog. Vindikationsanspruch) kommt daher nicht in Betracht. V hat jedoch einen Kondiktionsanspruch, d.h. er kann das Gemälde gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB herausverlangen (Anspruch auf Rückübereignung und Übergabe).

**Abwandlung 1:** K hat das Gemälde zwischenzeitlich an D weiterveräußert (vgl. §§ 433 I, 929 S. 1 BGB). ⇒ Da hier K Eigentümer war (V hatte ja nur das Verpflichtungs- bzw. Kausalgeschäft angefochten), konnte er das Gemälde wirksam an D übereignen. Daher ist D Eigentümer des Gemäldes geworden. K kann dem V das Gemälde somit nicht mehr herausgeben. V steht gegen K nur noch ein Anspruch auf Wertersatz (§§ 812, 818 II BGB) zu. Aus Sicht des V besonders misslich ist, wenn K zwischenzeitlich auch noch vermögenslos geworden ist, sodass sich der Anspruch des V nicht realisieren lässt. Hinsichtlich D bleibt festzuhalten, dass er durch das Abstraktionsprinzip geschützt wird. Er muss sich nicht um etwaige Mängel des Kausalgeschäfts bezüglich seines Rechtsvorgängers (hier: K) kümmern; vielmehr wird er in seinem Vertrauen darauf, dass er wirksam Eigentum erworben hat, geschützt. Somit lässt sich sagen, dass das Abstraktionsprinzip auch dem **Verkehrsschutz** dient.<sup>192</sup>

83

Eine weitere Konsequenz des Abstraktionsprinzips besteht, wenn ein Gläubiger des Vertragspartners in den Verfügungsgegenstand die **Zwangsvollstreckung** betreibt.

84

**Abwandlung 2:** Betreibt einer von K's Gläubigern eine Zwangsvollstreckung in den Verfügungsgegenstand (das Gemälde), kann V – da er aufgrund des wirksamen Verfügungsgeschäfts nicht mehr Eigentümer des Gemäldes ist – gegen die Zwangsversteigerung nichts unternehmen. Die regelmäßig mit der Zwangsvollstreckung einhergehende Vermögenslosigkeit des K macht, wie auch in der Abwandlung 1, den Anspruch auf Wertersatz V gegen K faktisch wertlos.

### III. Einschränkungen des Abstraktionsprinzips

Wie aufgezeigt, ist die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft jeweils eigenständig, d.h. abstrakt voneinander zu beurteilen. Das ist folgerichtig. Denn sind Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft jeweils eigenständige Rechtsgeschäfte, kann das Fehlen der Wirksamkeit des einen Geschäfts nicht die Wirksamkeit des anderen Geschäfts berühren. Ist also das Verpflichtungsgeschäft unwirksam, so berührt diese Unwirksamkeit nicht ipso iure die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts. Insbesondere lässt sich aus dem Gesetz keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen. Vielmehr ist zu untersuchen, ob der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt oder ob dieses an einem anderen Fehler leidet. Ist z.B. der sich Verpflichtende **geschäftsunfähig**, verstößt das Verpflichtungsgeschäft gegen die **guten Sitten** bzw. stellt **Wucher** dar oder ist gesetzlich **verboten**, ist stets zu untersuchen, ob dieser Fehler auch im Verfügungsgeschäft vorliegt. Besteht derselbe Fehler auch im Verfügungsgeschäft, spricht man allgemein von „**Fehleridentität**“, was aber unzutreffend ist, da die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts vielmehr logische Folge des eigenständigen rechtsgeschäftlichen Charakters der dinglichen Einigung ist (und nicht, weil die Causa unwirksam ist). Zutreffender wäre es, statt von Fehleridentität von **Fehlerkongruenz** zu sprechen. Ebenso ungenau ist es, pauschal von „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ zu sprechen. Denn betrachtet man die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft separat, liegt keine „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ vor,

85

<sup>192</sup> Etwas anderes hätte gegolten, wenn das Verfügungsgeschäft zwischen V und K (wegen eines Eigenschaftsirrums gem. § 119 II BGB) anfechtbar gewesen wäre und D diese Anfechtbarkeit gekannt hätte oder kennen musste. Hätte V dann das Verfügungsgeschäft angefochten, wäre D nach § 142 II BGB so zu behandeln gewesen, als wenn er die Nichtigkeit der Übereignung von V an K gekannt hätte. § 932 BGB hätte ihm dann nicht geholfen und V hätte von D das Gemälde gem. § 985 BGB herausverlangen können. Vgl. dazu das Beispiel bei Rn 1277.

wenn der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt. Das Verfügungsgeschäft ist unwirksam, weil bei ihm der (gleiche) Fehler vorliegt. Das wird beim **Fehlen** der **Geschäftsfähigkeit** besonders deutlich.

**Beispiel:** Veräußert ein Geschäftsunfähiger ein Buch, ist nicht nur die auf Abschluss des Kaufvertrags (§ 433 BGB) gerichtete Willenserklärung nichtig gem. § 105 I BGB, sondern auch die dingliche Willenserklärung (§ 929 S. 1 BGB). Das Verfügungsgeschäft ist aber nicht deswegen unwirksam, weil die Causa (der Kaufvertrag) unwirksam ist, sondern weil auch das Verfügungsgeschäft an einem (hier: dem gleichem) Unwirksamkeitsgrund leidet. Das Scheitern von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft folgt vielmehr jeweils aus einer getrennten und eigenständigen Anwendung der (gleichen) Unwirksamkeitsvorschrift. Deswegen wäre es auch genauer, statt von Fehleridentität von **Fehlerkongruenz** zu sprechen.

Folge ist aber in jedem Fall, dass der Betroffene wegen der Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (siehe § 125 BGB) kein Eigentum verloren hat und gem. § 985 BGB das Buch herausverlangen kann.<sup>193</sup>

- 86 Sittenwidrigkeit:** Bei einem Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 I BGB) ist i.d.R. zwar nur das Verpflichtungsgeschäft betroffen, wohingegen das abstrakte Verfügungsgeschäft grundsätzlich *sittlich neutral* ist.<sup>194</sup> Ausnahmsweise kann jedoch auch das Verfügungsgeschäft nichtig sein, wenn gerade durch die Nichtigkeit der Verfügung eine sittenwidrige Schädigung Dritter verhindert werden kann.<sup>195</sup> Das betrifft etwa den Kauf von sog. Radarwarngeräten.<sup>196</sup>
- 87 Bei Formmängeln** (§§ 125 ff. BGB) kommt eine Fehleridentität i.d.R. nicht in Betracht. Denn zumeist betreffen die Formverbote entweder nur das Verpflichtungs- oder nur das Verfügungsgeschäft. So betrifft § 518 I BGB nur den Schenkungsvertrag, nicht auch die dingliche Übereignung des Gegenstands. Eine Fehleridentität ist in diesem Fall also nicht denkbar. Findet das dingliche Vollzugsgeschäft statt, ist der Formmangel des Schenkungsvertrags sogar geheilt (so ausdrücklich § 518 II BGB).
- 88 Bei den Verbotsgesetzen** (§ 134 BGB) kommt es bei der Frage nach der Nichtigkeit auch des Verfügungsgeschäfts darauf an, welche Geschäftsarten das Gesetz verbieten will. In der Regel betrifft ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nur das Verpflichtungsgeschäft. Eine Nichtigkeit auch des Verfügungsgeschäfts liegt aber dann vor, wenn die Umstände, die den Gesetzesverstoß begründen, zugleich und unmittelbar das Verfügungsgeschäft betreffen.<sup>197</sup>

**Beispiele:** „Verkauft“ A an B illegal ein Kilogramm Marihuana und „übereignet“ diesem die Ware auch, erstreckt sich der Gesetzesverstoß (Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz) auch auf das Übereignungsgeschäft (§ 134 BGB i.V.m. §§ 3, 29 ff. BtMG). Aus rechtsgeschäftlicher Sicht kann B also nicht wirksam Eigentum erwerben. Gleiches gilt im Rahmen des Organhandels. „Verkauft“ jemand einem anderen etwa eine menschliche Niere und „übereignet“ sie ihm, sind sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft wegen § 134 BGB i.V.m. § 17 TPG (Transplantationsgesetz) nichtig.

- 89 Bei einer Irrtumsanfechtung** ist zu beachten, dass diese sich i.d.R. nur auf das Kaufgeschäft bezieht, da sich Irrtümer bei der Willensbildung regelmäßig darauf beschränken. Beim Verfügungsgeschäft liegt regelmäßig kein Irrtum vor, sodass dieses dann auch nicht wegen Irrtums anfechtbar ist. Denn anfechtbar ist nur das Geschäft, das mit einem

<sup>193</sup> Siehe näher Rn 1453.

<sup>194</sup> BGH NJW 1990, 384, 385; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 138 Rn 11, 20; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 712.

<sup>195</sup> *Medicus/Petersen*, AT, Rn 712.

<sup>196</sup> Da die Erläuterung der damit zusammenhängenden Problematiken zu sehr in das Bereicherungsrecht führen würde, sei auf *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 319 ff. verwiesen. Zum **Wucher** (§ 138 II BGB) vgl. unten Rn 1181 ff.

<sup>197</sup> BGHZ 115, 123, 125 f.; BGH NJW 1992, 2348, 2350; 1993, 1638, 1640. Vgl. dazu auch *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 1174.

Willensmangel behaftet ist, auf das sich also der Anfechtungsgrund bezieht. Davon geht auch § 142 I BGB aus. Der Gläubiger kann also nicht einfach über § 985 BGB die Sache herausverlangen, wenn das Verfügungsgeschäft wegen des Abstraktionsprinzips wirksam geblieben ist. Da es aber unbillig wäre, wenn der Schuldner den rechtsgrundlos erworbenen Gegenstand behalten dürfte, hat der Gesetzgeber mit den §§ 812 ff. BGB Regelungen getroffen, die die Folgen des Abstraktionsprinzips wieder rückgängig machen.

**Beispiel:** A verkauft und übereignet an B ein Gemälde. Später stellt sich heraus, dass A sich hinsichtlich des Malers geirrt hat. Er ficht wegen Eigenschaftsirrums an (§§ 119 II, 142 I BGB).

A könnte gegen B einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste A zunächst noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es. Er könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen an sich vor: A hat das Gemälde an B übereignet und übergeben. Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund der Anfechtung. Allerdings bezog sich der Irrtum nur auf das Kausalgeschäft, nicht auch auf das Verfügungsgeschäft (= Erfüllungsbzw. Übereignungsgeschäft). Diesbezüglich lag kein Anfechtungsgrund vor. B konnte mithin Eigentum an dem Gemälde erwerben. Ein Vindikationsanspruch ist daher nicht gegeben.

A könnte aber einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Rückübereignung und Herausgabe des Gemäldes haben. B hat „etwas“ erlangt, nämlich Eigentum und Besitz an dem Gemälde. Bezüglich dieses Eigentums- und Besitzerwerbs ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen. A kann also Eigentum und Besitz am Gemälde gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von B kondizieren.<sup>198</sup> Gemäß § 122 I BGB ist er aber ggf. zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet. Umgekehrt hat B einen Kondiktionsanspruch gegen A hinsichtlich des Kaufpreises.

Ist der Veräußerer vom Erwerber **arglistig getäuscht** worden und bezieht sich die Täuschung (wie regelmäßig) nur auf das Verpflichtungsgeschäft, ist hingegen unklar, ob sich der Fehler auch auf das Verfügungsgeschäft erstrecken kann. Denn gem. § 142 I BGB kann nur ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten werden. Liegt also bei der Abgabe der Übereignungserklärung keine Täuschung (mehr) vor, dürfte sich die Wirkung des § 142 I BGB an sich nicht darauf beziehen. Gleichwohl ist es in den Fällen des § 123 I BGB sachangemessen, die Anfechtungswirkung auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft zu erstrecken, um zu verhindern, dass der Gläubiger bei der Rückabwicklung auf das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) angewiesen ist. Mit der Erstreckung der Anfechtung auf das Verfügungsgeschäft wird dieses ebenfalls ex tunc vernichtet und der Gläubiger kann über § 985 BGB vorgehen. Ein großer Vorteil dieses Verfahrens ist, dass der Schuldner bei einer Verfügung dadurch zum Nichtberechtigten wird und der Dritte Eigentum nur bei Gutgläubigkeit (§ 932 BGB) erwerben kann. Auch fiel die Sache nicht in die Insolvenzmasse des Schuldners und wäre dem Zugriff der anderen Gläubiger entzogen (siehe § 47 S. 2 InsO). All diese Vorteile dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Wortlaut des § 142 I BGB eine Erstreckung des auf das Verpflichtungsgeschäft bezogenen Anfechtungsgrunds auf das Verfügungsgeschäft nicht gerade nahelegt. Der BGH verwendet schlicht den bereits genannten Begriff der „Fehleridentität“<sup>199</sup>, der sich aber nicht dem Gesetz entnehmen lässt. Es bedarf daher einer rechtsmethodischen Begründung für die Annahme einer „Fehleridentität“, d.h. einer Erstreckung der

90

<sup>198</sup> Zum Streit, ob im Fall der Anfechtung wegen der mit ihr verbundenen Rückwirkungsfiktion (vgl. § 142 I BGB) § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*) oder § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) greift, vgl. R. Schmidt, SchuldR BT II, Rn 374 ff.

<sup>199</sup> BGHZ 58, 257, 258; BGH DB 1966, 818; siehe auch *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 23a; *Strohe*, JuS 2002, 858, 859.

Anfechtungsfolge auf das Verfügungsgeschäft. Eine solche Begründung liefert die Figur der bei Rn 50 ausführlich behandelten teleologischen Extension, die immer dann vorliegt, wenn (insbesondere aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Getäuschten) eine Norm ihrem Zweck nach auf Fälle ausgedehnt wird, die an sich nicht vom Wortlaut der Norm erfasst werden.

**Beispiel:** V täuscht K beim Kauf eines Gebrauchtwagens arglistig über die Unfallfreiheit des Kfz, also über eine verkehrswesentliche Eigenschaft (§ 123 I Var. 1 BGB). Nach der Abwicklung sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäfts bemerkt K die Täuschung und ficht „das Geschäft“ an.

Da bei einer arglistigen Täuschung – anders als bei den Anfechtungsgründen des § 119 I, II – der Fehler infolge einer teleologischen Extension des § 142 I BGB regelmäßig auf die dingliche Einigungserklärung durchschlägt, sind sowohl das Verfügungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft nichtig.

- 91 Eine Ausnahme vom Abstraktionsprinzip ist nach h.M.<sup>200</sup> möglich, wenn die Vertragsparteien eine Vereinbarung treffen, wonach die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abhängt (§ 158 BGB), sog. **Bedingungs-zusammenhang**. Voraussetzung für eine Bedingung i.S.d. § 158 BGB ist jedoch zunächst, dass das Verfügungsgeschäft nicht bedingungsfeindlich ist (wie das z.B. bei § 925 II BGB der Fall wäre).
- 92 Darüber hinaus müssen die Parteien zumindest über die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts *im Ungewissen* sein (zur Bedingung vgl. ausführlich Rn 515 ff.). Daher wird auch überwiegend gefordert, dass im Einzelfall zumindest *konkrete Anhaltspunkte* für eine solche Vereinbarung vorliegen; denn würde man in jedem Fall eine solche Bedingung annehmen, würde damit das Abstraktionsprinzip unzulässig umgangen.

**Beispiel:** V und K schließen einen Kaufvertrag über ein gebrauchtes Kfz. Da jedoch Unklarheit über die Unfallfreiheit des Kfz besteht, vereinbaren sie, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrags von der Unfallfreiheit des Kfz abhängt. Gleichzeitig vereinbaren sie, dass auch die am selben Tage stattfindende Übereignung des Wagens unter der Bedingung erfolgt, dass der Kaufvertrag wirksam ist. Stellt sich nun heraus, dass es sich bei dem Wagen um einen wiederhergestellten Unfallwagen handelt, ist nicht nur die Bedingung für die Wirksamkeit des Kaufvertrags, sondern auch die für die Übereignung nicht eingetreten. Das Verfügungsgeschäft ist daher ebenfalls unwirksam. Es handelt sich um eine sog. **Geschäftseinheit**.

93

### Übersicht über Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte; Trennungs- und Abstraktionsprinzip

1. Bei dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip handelt es sich um elementare Grundprinzipien des deutschen Zivilrechts. Grundlage dieser Prinzipien ist die Unterscheidung zwischen **Verpflichtungs-** und **Verfügungsgeschäft**.

Ein **Verpflichtungsgeschäft** (schuldrechtliches Geschäft) ist ein Rechtsgeschäft, durch das die Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird.

Durch Verpflichtungsgeschäfte werden also (lediglich) Ansprüche begründet. Änderungen der dinglichen Rechtslage vermögen sie indes nicht herbeizuführen. Hierzu sind Verfügungsgeschäfte erforderlich. Das Verpflichtungsgeschäft bildet nur den Rechtsgrund (die sog. *Causa*) für das Verfügungsgeschäft.

<sup>200</sup> Brox/Walker, AT, Rn 123; Medicus/Petersen, AT, Rn 239; Ellenberger, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 24.

**Verfügungsgeschäfte** sind Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf ein Recht durch **Übertragung, Aufhebung, Belastung** oder **Inhaltsänderung** einwirken.

Verfügungs**objekte** sind meist **dingliche Rechte** (z.B. Eigentum oder Pfandrecht).

**2.** (Schuldrechtliche) Verpflichtungsgeschäfte und (sachenrechtliche) Übertragungsgeschäfte sind strikt voneinander zu **trennen**.

Das **Trennungsprinzip** besagt, dass zwischen dem (schuldrechtlichen) Verpflichtungs- und dem (sachenrechtlichen) Verfügungsgeschäft strikt zu trennen ist.

Das Trennungsprinzip ist ein grundlegendes Prinzip der deutschen Zivilrechtsordnung. Es ermöglicht es den Vertragsparteien, die Wirkungen der Verfügung und diejenigen der Verpflichtung an verschiedene Voraussetzungen zu knüpfen. Der Vorteil dieses Prinzips wird bspw. beim Verkauf einer Ware unter Eigentumsvorbehalt deutlich, bei dem der Verkäufer so lange Eigentümer bleibt, bis der Käufer den Kaufpreis restlos gezahlt hat.

Das Abstraktionsprinzip baut auf dem Trennungsprinzip auf und führt es weiter.

Das **Abstraktionsprinzip** besagt, dass das Fehlen der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts ebenso wenig berührt, wie dies umgekehrt der Fall ist.

Folge des Abstraktionsprinzips ist also, dass Fehler im Kausalgeschäft und im Vollzugsgeschäft separaten Regeln unterworfen sind. Lediglich bei Fehleridentität oder wenn durch das Abstraktionsprinzip unangemessene Folgen entstünden, hat der Gesetzgeber diesem Prinzip Grenzen gesetzt, insb. wenn der sich Verpflichtende **minderjährig** ist oder vom Erwerber **arglistig getäuscht** wurde. Das Gleiche gilt, wenn das Verfügungsgeschäft in besonderem Maße gegen die **guten Sitten verstößt** bzw. **Wucher** darstellt. In Fällen dieser Art schlägt die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts regelmäßig auf das Vollzugsgeschäft durch. Bestand das Vollzugsgeschäft in einem sachenrechtlichen Übertragungsgeschäft (etwa gem. § 929 S. 1 BGB), ist auch dieses regelmäßig unwirksam mit der Folge, dass der Gegenstand gem. § 985 BGB vindiziert werden kann. Auf die Voraussetzungen des § 812 BGB kommt es dann nicht an, was insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners relevant wird.

## F. Normarten im Zivilrecht

Das Zivilrecht kennt verschiedene Normarten, deren Kenntnis für eine rechtsmethodisch einwandfreie Rechtsanwendung unabdingbar ist.

- So sind zunächst die Normen zu nennen, die als **Anspruchsgrundlagen** konzipiert sind. Unter einem Anspruch ist gemäß der Legaldefinition in § 194 I BGB das Recht zu verstehen, von einem anderen ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen. Anspruchsgrundlagen (Anspruchsnormen) sind also solche Normen, die als Rechtsfolge einen Anspruch i.S.v. § 194 I BGB gewähren bzw. entstehen lassen.

**Beispiel:** § 433 I S. 1 BGB spricht von der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. ⇒ Die Vorschrift stellt damit eine Anspruchsgrundlage des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Übereignung und Übergabe des Kaufgegenstands dar. In der Gegenrichtung steht § 433 II BGB dem Verkäufer als Anspruchsgrundlage bzgl. der Kaufpreiszahlung zur Verfügung.

Da Anspruchsgrundlagen mithin eine Antwort auf die Frage nach dem Bestehen eines geltend gemachten Anspruchs liefern, werden sie insoweit auch als **Antwortnormen** bezeichnet. Weitere Beispiele von Anspruchsgrundlagen sind § 985 BGB (Herausgabeanspruch des Eigentümers), § 1004 I BGB (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch) und § 951 BGB (Entschädigungsanspruch nach Eigentumsverlust). Aus dem Deliktsrecht sind

94

95

bspw. § 823 I, § 823 II, § 826 BGB (Schadensersatzanspruch) zu nennen, aus dem Bereicherungsrecht etwa § 812 I S. 1 Var. 1 BGB, § 812 I S. 2 Var. 1 BGB, § 816 I S. 1 BGB, § 816 I S. 2 BGB, § 822 BGB.

Sollte es sich bei der gewünschten Rechtsfolgenanordnung nicht um einen Anspruch handeln, sondern um ein **Recht**, das nicht als Anspruch ausgestaltet ist, darf auch nicht von Anspruchsgrundlage gesprochen werden. Vielmehr sollte hinsichtlich der Norm, die das Recht vorsieht, der Begriff „**Rechtsgrundlage**“ verwendet werden.

**Beispiele:** Beim Rücktritt handelt es sich – wie sich aus §§ 323, 346 BGB ergibt – nicht um einen Anspruch, sondern um ein (Gestaltungs-)Recht. Denn es besteht nicht das Recht, vom Schuldner ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen, sondern der Gläubiger übt das Recht durch einseitige Erklärung aus. Das Rücktrittsrecht bewirkt eine Umgestaltung des Schuldverhältnisses: Das Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten „wandelt“ sich in ein Rückgewährschuldverhältnis. Auch die Ausübung eines verbraucher-schützenden Widerrufsrechts (bspw. gem. § 312g I BGB) und die Erklärung der Minderung des Kaufpreises (§§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I S. 1 BGB) sind Gestaltungsrechte.

Mit einem Recht wird also schlicht eine Rechtsfolge eingeleitet und kein Tun, Dulden oder Unterlassen beansprucht (Rn 99). Die Unterscheidung ist u.a. wichtig für die Anwendung der Verjährungsfristen, da – wie sich aus § 194 I BGB ergibt – nur Ansprüche der Verjährung unterliegen. Rechte können demnach also nicht verjähren (was freilich nicht heißt, dass sie unbefristet ausgeübt werden könnten, denn auch diesbezüglich enthält das Gesetz Fristen zur Ausübung, so z.B. in § 355 II BGB und § 218 I BGB).

- 96 ■ Der Beantwortung der Frage, ob ein Anspruch besteht, können **Hilfsnormen** („**Ergänzungsnormen**“) zur Seite stehen. Diese formulieren nicht (wie Anspruchsgrundlagen) Tatbestand und Rechtsfolge, sondern

- ⇒ **definieren Rechtsbegriffe** oder **beschreiben Pflichten** und **Verantwortlichkeiten**. Zu nennen sind etwa §§ 13, 14 I BGB (Verbraucher und Unternehmer); § 90 (Sache); §§ 276, 277 BGB (Vorsatz, Fahrlässigkeit und Haftungsmaßstab); §§ 269 ff. BGB (Leistungsort und -zeit); § 434 BGB (Definition des Mangels); § 437 BGB (Festlegung der Mängelrechte, wobei zugleich teilweise auch Ansprüche begründet werden). Ebenso handelt es sich bei den §§ 249 ff. BGB um Hilfsnormen, weil sie keinen Anspruch auf Schadensersatz begründen, sondern diesen voraussetzen und (lediglich) Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs beschreiben. Hilfsnormen sind auch solche, die eine Auslegungshilfe bieten, wie z.B. §§ 133, 157 BGB (Auslegung von Willenserklärungen bzw. Verträgen).
- ⇒ Auch die **gesetzlichen Vermutungen** (z.B. § 280 I S. 2 BGB oder § 1006 I S. 1 BGB – Rn 56) und die **gesetzlichen Fiktionen** (z.B. § 1923 II BGB – Rn 55) sind Hilfsnormen.

Wie Wirknormen (Rn 98) haben Hilfsnormen keine eigenständige Bedeutung, sondern werden in die Prüfung von Anspruchsgrundlagen integriert, etwa, wenn es um die Feststellung geht, ob der grundsätzlich denkbare Anspruch nicht durch bestimmte Umstände beeinflusst wird.

**Beispiel:** Macht der Käufer einen Erfüllungsanspruch aus § 433 I S. 1 BGB geltend und erklärt der Verkäufer, dass die Leistung noch nicht fällig sei, ist auf § 271 BGB einzugehen, der dem Anspruch entgegenstehen könnte. ⇒ Grundsätzlich ist eine Leistung sofort fällig. Die Parteien können aber eine Leistungszeit bestimmen (§ 271 I BGB). Bestimmen sie eine Leistungszeit, ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor der vereinbarten Leistungszeit verlangen kann (§ 271 II BGB).<sup>201</sup> Streiten sich die Parteien, ob eine Leistungszeit vereinbart wurde, ist unter Anwendung der §§ 133, 157 BGB zu prüfen, ob eine Leistungszeit tatsächlich vereinbart wurde.

<sup>201</sup> Da § 271 II BGB damit dem sofortigen Erfüllungsbegehren entgegensteht, könnte man die Vorschrift letztlich auch den Wirknormen zuordnen.

- Auch wenn eine Anspruchsgrundlage vorliegt, heißt das nicht zwingend, dass der Anspruch auch durchgreift. Denn obwohl die Voraussetzungen des anspruchsbegründenden Tatbestands vorliegen, kann dem Anspruch eine **Gegennorm** entgegenstehen. Gegennormen führen dazu, dass der Anspruch bereits am Entstehen gehindert wird, oder aber, dass ein zunächst entstandener Anspruch untergeht oder nicht durchgesetzt werden kann. Typische Gegennormen sind etwa § 142 I BGB, § 275 I BGB, § 362 BGB, § 439 IV BGB, § 536 BGB und § 986 BGB.

97

**Beispiele: (1)** Schließt ein Geschäftsunfähiger einen Kaufvertrag, entstehen bereits deshalb keine Ansprüche aus § 433 BGB, weil der Vertrag aufgrund der Geschäftsunfähigkeit unwirksam ist (§ 105 BGB). Es handelt sich um eine rechtshindernde Einwendung. Ebenso um eine rechtshindernde Einwendung handelt es sich, wenn die Kaufsache bereits vor Vertragsschluss untergeht und dadurch der Verkäufer von der Leistungspflicht befreit wird (§ 275 I BGB; hier: anfängliche Unmöglichkeit). **(2)** Geht die Kaufsache erst nach Vertragsschluss, aber noch vor der Übergabe unter, wird der Verkäufer zwar ebenfalls von der Leistungspflicht befreit (§ 275 I BGB), es handelt sich aber um eine rechtsvernichtende Einwendung, da die Unmöglichkeit erst nachträglich (d.h. nach Vertragsschluss) eintritt. **(3)** Wäre die Lieferung zwar theoretisch möglich, aber nur mit unzumutbar großem Aufwand verbunden, ist der Schuldner ebenfalls von der Leistungspflicht befreit, allerdings nicht gem. § 275 I BGB, sondern gem. § 275 II BGB. Es handelt sich um eine rechtshemmende Einwendung (um eine Einrede), auf die sich der Schuldner berufen muss, damit diese vom Gericht berücksichtigt wird.<sup>202</sup> Tut er das nicht, bleibt sein Gegenanspruch unberücksichtigt. Im Rahmen der praktisch wichtigen kaufrechtlichen Nacherfüllung stellt der Ausschluss der Nacherfüllungspflicht gem. § 439 IV BGB eine Einrede des Verkäufers dar. Eine Einrede liegt auch vor, wenn bspw. ein Verkäufer dem Käufer, der wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurücktritt und die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt, gem. § 346 I Halbs. 2 Var. 2 BGB eine Nutzungsentschädigung entgegenhalten möchte. Eine Nutzungsentschädigung wird also nicht von Amts wegen vom Gericht in Abzug gebracht, sondern erst dann, wenn sich der Verkäufer darauf beruft. Schließlich liegt eine Einrede vor, wenn der Anspruch verjährt ist (vgl. §§ 194 ff. BGB). Verjährung bedeutet, dass der Anspruch zwar bestehen bleibt, jedoch nicht durchgesetzt werden kann. Auch hier muss sich der Anspruchsgegner auf die Einrede der Verjährung berufen, damit diese vom Gericht berücksichtigt wird.

- Allein das Vorliegen einer Anspruchsgrundlage/Rechtsgrundlage und das Nichtvorhandensein einer Gegennorm genügen nicht, damit der Anspruch auch im Ergebnis begründet ist. Vielmehr ist zu beachten, dass das Gesetz Ausschlussgründe bzw. rechtshindernde/rechtsvernichtende Einwendungen enthält. Man spricht diesbezüglich von **Wirknormen**. Wirknormen haben (wie Hilfsnormen) keine eigenständige Bedeutung (und dürfen insbesondere nicht als Anspruchsgrundlagen herangezogen werden), sondern werden in die Prüfung von Anspruchsgrundlagen integriert. Sie geben Hinweise auf die Wirkung (die Rechtsfolge) eines Rechtsinstituts oder ordnen sie an.

98

### Beispiele:

- (1)** Macht der Käufer einen Erfüllungsanspruch aus § 433 I S. 1 BGB geltend und erklärt der Verkäufer wirksam die Anfechtung seiner Willenserklärung, bewirkt diese Anfechtung, dass die Willenserklärung und damit der Kaufvertrag rückwirkend vernichtet werden (vgl. § 142 I BGB). ⇒ § 142 I BGB ist damit eine Wirknorm. Sie bewirkt, dass die Anfechtung als rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Einwendung zum Nichtbestehen des geltend gemachten Erfüllungsanspruchs führt.
- (2)** Erklärt bei einem Verbrauchervertrag (siehe § 310 III BGB) der Verbraucher fristgerecht den Widerruf seiner auf Abschluss eines Vertrags gerichteten Willenserklärung (z.B. nach § 312g I BGB), sind gem. § 355 I S. 1 BGB der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht

<sup>202</sup> Generell zu den Einwendungen (Rechtsnatur, Wirkung, Geltendmachung etc.) vgl. unten Rn 915 ff. Zur Leistungsbefreiung nach § 275 BGB vgl. R. Schmidt, SchuldR AT, Rn 364 ff.

mehr gebunden. ⇒ § 355 I S. 1 BGB ist damit eine Wirknorm. Sie bewirkt das Entfallen der Bindungswirkung der Vertragserklärungen, wenn der Verbraucher den Widerruf fristgerecht erklärt.

- (3) Kann oder möchte jemand nicht selbst das Rechtsgeschäft abschließen und bedient sich daher eines Stellvertreters, wirkt die Willenserklärung, die der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. ⇒ § 164 I S. 1 BGB ist damit eine Wirknorm.
- (4) Weitere Beispiele von Wirknormen sind § 286 BGB (Wirkung der nicht rechtzeitigen Leistung), § 326 I S. 1 BGB (Befreiung von der Gegenleistungspflicht des Gläubigers) und § 355 I BGB (Wirkung eines ausgeübten verbraucherschützenden Widerrufsrechts).

- 99 ■ Schließlich sind die **Gestaltungsrechte** (als Unterfall der Rechte) zu nennen. Darunter sind subjektive Rechte zu verstehen, die den Berechtigten in die Lage versetzen, durch einseitige Erklärung unmittelbar die ihn betreffende Rechtslage zu ändern.<sup>203</sup> Die Gestaltungswirkung tritt unmittelbar mit dem Zugang (§ 130 I BGB) der das Gestaltungsrecht ausübenden einseitigen Willenserklärung beim Erklärungsempfänger ein.<sup>204</sup>

**Beispiele:** Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB (mit der Unwirksamkeitsfolge aus § 142 I BGB); Kündigung (mit der Folge der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses, vgl. etwa aus dem allgemeinen Schuldrecht §§ 312h, 313 III S. 2, 314 BGB; speziell zu Verträgen §§ 488 III, 489, 490, 550 S. 2, 555e, 561, 568 BGB etc.); Minderung des Kaufpreises wegen eines Sachmangels gem. § 437 Nr. 2 Var. 2 BGB<sup>205</sup> (mit der Folge der Wiederherstellung des Äquivalenzinteresses durch Herabsetzung des Kaufpreises); Rücktritt nach §§ 323 ff. BGB bzw. nach § 437 Nr. 2 Var. 1 i.V.m. §§ 323 ff. BGB (mit der Folge der Rückabwicklung des Vertrags); Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB (d.h. die wechselseitige Tilgung von zwei sich gegenüberstehenden Forderungen durch ein einseitiges Rechtsgeschäft mit der Folge des Erlöschens sowohl der Haupt- als auch der Gegenforderung)<sup>206</sup>. Auch bei den verbraucherschützenden Widerrufsrechten (vgl. etwa §§ 312g I, 485, 495 I, 510 II, 514 II S. 1, 650 I S. 1 BGB, die allesamt auf § 355 BGB verweisen) handelt es sich um Gestaltungsrechte, da sie im Rahmen eines Verbrauchervertrags dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen, sich einseitig durch Widerruf von einem bereits geschlossenen Vertrag zu lösen.

Da Gestaltungsrechte dem Berechtigten das einseitige Recht verleihen, unmittelbar eine Änderung der Rechtslage herbeizuführen, unterscheiden sie sich von den Ansprüchen, die nach der Legaldefinition in § 194 I BGB Rechte von Personen darstellen, von einer anderen Person ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (dazu Rn 100). Gestaltungsrechte unterliegen somit nicht der Verjährung.<sup>207</sup> Die zeitliche Grenze, innerhalb derer Gestaltungsrechte ausgeübt werden können, nennt man Ausschlussfrist (vgl. bzgl. der Anfechtung Rn 1459). Darüber hinaus muss aufgrund der mit den Gestaltungsrechten verbundenen unmittelbaren Rechtsänderung deren Ausübung für den Gegner unmissverständlich sein, d.h. die Erklärung muss ausdrücklich erfolgen oder zumindest durch Auslegung eindeutig bestimmbar sein. Daher sind Gestaltungsrechte grds. auch bedingungsfeindlich und können auch nicht einseitig zurückgenommen oder widerrufen werden<sup>208</sup>. Da ihnen jedoch Willenserklärungen zugrunde liegen, greift selbstverständlich das Anfechtungsrecht.

**Beispiel:** Verbraucher K kauft im Onlineshop des V eine Dashcam. Ein paar Tage nach dem Erhalt macht er von seinem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch, weil ihm zwischenzeitlich Bedenken gekommen sind bzgl. der Rechtmäßigkeit des Einsatzes. Nachdem

<sup>203</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2018, 2863, 2865; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 17.

<sup>204</sup> BGH NJW 2018, 2863, 2865 mit Verweis auf BAG NZA-RR 2013, 609.

<sup>205</sup> Siehe BGH NJW 2018, 2863, 2865: Minderungsrecht ist Gestaltungsrecht.

<sup>206</sup> Siehe im Einzelnen *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 188 ff.

<sup>207</sup> Siehe auch BGH NJW 2018, 225, 226.

<sup>208</sup> BGH NJW 2018, 2863, 2865 m.w.N.

er dann aber von der vom BGH entschiedenen Verwertbarkeit von Dashcam-Aufzeichnungen im Schadensersatzprozess<sup>209</sup> erfahren hat, „widerruft“ er seine Widerrufserklärung. Doch V meint, dass dies nicht möglich sei, und verlangt Rücksendung der Dashcam gegen Erstattung des Kaufpreises.

Wegen der Gestaltungswirkung, die das verbraucherschützende Widerrufsrecht entfaltet, konnte K seine Widerrufserklärung tatsächlich nicht mehr schlicht zurücknehmen. Da auch kein Anfechtungsgrund greift (bei der möglichen Rechtswidrigkeit des Einsatzes handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum<sup>210</sup>), konnte K seine Widerrufserklärung auch nicht wirksam anfechten.

## G. Verjährung von Ansprüchen

Eine zeitlich unbegrenzte Inanspruchnahme des Schuldners wäre für diesen regelmäßig unzumutbar. Das gilt erst recht, wenn die Forderung materiell unbegründet ist. Zudem sind Rechtsfriede und Rechtssicherheit wichtige Anliegen der Rechtsordnung.<sup>211</sup> Daher sieht das Gesetz vor, dass Ansprüche<sup>212</sup> der Verjährung unterliegen (§ 194 I BGB). „Verjährung“ bedeutet dabei nicht, dass Ansprüche untergehen, sondern dass sie nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht mehr durchgesetzt werden können. Allgemein spricht man von einer rechtshemmenden Einwendung (**Einrede**). Es besteht ein **Leistungsverweigerungsrecht**.

100

Anders als rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen (Rn 97 und 1622 ff.) sind rechtshemmende Einwendungen gemäß ihrer Rechtsnatur als subjektive Rechte vom Anspruchsgegner geltend zu machen, damit sie vom Gericht beachtet werden.<sup>213</sup> Sollten nicht geltend gemachte rechtshemmende Einwendungen vom Gericht berücksichtigt werden, kann dies wegen einseitiger Parteinahme einen Befangenheitsgrund darstellen.

Die **regelmäßige** Verjährungsfrist beträgt gem. § 195 BGB drei Jahre und beginnt gem. § 199 BGB, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste („relative Verjährungsfrist“).

101

**Beispiel:** V und K schlossen Mitte 2018 einen Kaufvertrag über die Lieferung eines Computers. Der Kaufpreis betrug 500 € und war sofort fällig. Doch aufgrund eines EDV-Problems geriet die Forderung in Vergessenheit. Erst Ende März 2022 fiel V die noch offene Rechnung auf. K meint, er müsse nun nichts mehr an V bezahlen.

Der Anspruch des V auf Zahlung von 500 € ist gem. § 433 II BGB Mitte 2018 entstanden und nicht untergegangen. Er könnte allerdings verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar sein. Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre; sie begann gem. § 199 I BGB am 1.1.2019 und endete dementsprechend am 31.12.2021. K war daher gem. § 214 I BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Die zweite Voraussetzung „und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste“ (§ 199 I Nr. 2 BGB) kann dazu führen, dass der Beginn der Verjährungsfrist später eintritt als mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. So kann etwa eine problematische und ungeklärte Rechtslage den Verjährungsbeginn hinausschieben.<sup>214</sup> Verjährungsbeginn tritt danach erst dann ein, wenn eine zutreffende

<sup>209</sup> BGH NJW 2018, 2883, 2884.

<sup>210</sup> Siehe dazu Rn 1303.

<sup>211</sup> BGHZ 59, 72, 74 unter Verweis auf „Motive I, S. 291“. Gemeint sein dürfte S. 541.

<sup>212</sup> Also keine Gestaltungsrechte (siehe auch BGH NJW 2018, 225, 226) – dazu oben Rn 95/99.

<sup>213</sup> Vgl. nur BGHZ 156, 269, 271.

<sup>214</sup> LG Trier BB 2019, 2707, 2708 unter Verweis auf *Grothe*, in: MüKo, § 199 Rn 29.

Einschätzung der Rechtslage möglich ist.<sup>215</sup> So kann nach Auffassung des BGH bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage bis zur Klärung durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung der Beginn der Verjährungsfrist hinausgezögert sein<sup>216</sup>, wobei jedoch – um die Verjährungszwecke nicht in Frage zu stellen – eine restriktive Handhabung geboten ist. Stehen dem Anspruchsinhaber also hinreichend Tatsachenkenntnis und (ober-)gerichtliche Rechtsprechung zur Verfügung, anhand derer er die Risiken eines Prozesses einzuschätzen vermag, kann es ihm nicht zum Vorteil gereichen, wenn er zögert und die dreijährige Verjährungsfrist ungenutzt verstreichen lässt. Aufgabe der Verjährungsfristen kann nicht sein, den Kläger frei von Prozessrisiken zu stellen. Die vom BGH vorgenommene Auslegung geht zu weit.

**Beispiel:** Im sog. Diesellabgasskandal<sup>217</sup> gingen die Gerichte überwiegend davon aus, dass die Eigentümer der betroffenen Autos im Jahre 2016 Kenntnis von der illegal arbeitenden Software erhielten oder sicher hätten erhalten können. Danach waren also die Ansprüche mit Ablauf des 31.12.2019 verjährt. Jedoch hält es das LG Trier für möglich, darauf abzustellen, dass aufgrund unterschiedlicher OLG-Urteile und des Fehlens einer Grundsatzentscheidung des BGH eine sichere Einschätzung der Rechtslage nicht möglich sei und daher der Lauf der Verjährungsfrist noch nicht begonnen habe. Das überzeugt nicht. Denn wie aufgezeigt, ist es nicht Aufgabe des § 199 I Nr. 2 BGB, den Kläger frei von Prozessrisiken zu stellen. Es gab hinreichend Informationen und obergerichtliche Rechtsprechung zu dem Thema, dass Anspruchsinhaber bis zum 31.12.2019 Klage hätten einreichen können – zumal auch dieses Datum hinreichend im Internet kommuniziert wurde oder zumindest im Rahmen einer anwaltlichen Erstberatung genannt worden wäre.

- 102 Absolute** Verjährungsfristen normiert § 199 II, III BGB. So verjähren gem. § 199 II BGB Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von dem Schaden auslösenden Ereignis an. Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren gem. § 199 III S. 1 Nr. 1 BGB ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 10 Jahren von ihrer Entstehung an und gem. § 199 III S. 1 Nr. 2 BGB ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von dem Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist gem. § 199 III S. 2 BGB die früher endende Frist. Sämtliche genannten Verjährungsfristen beginnen gem. § 200 S. 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs.
- 103** Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem **Grundstück** sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts sowie die Ansprüche auf die Gegenleistung verjähren gem. § 196 BGB absolut in 10 Jahren. Verjährungsbeginn ist Entstehung des Anspruchs, § 200 S. 1 BGB.
- 104** § 197 BGB regelt eine sogar 30-jährige Verjährungsfrist. Hauptfälle sind Schadensersatzansprüche, die auf der *vorsätzlichen* Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen (§ 197 I Nr. 1 BGB), und rechtskräftig festgestellte Ansprüche (§ 197 I Nr. 3 BGB), also i.d.R. rechtskräftige vollstreckbare Gerichtsentscheidungen. Beginn der Verjährung im Fall des § 197 I Nr. 1 BGB ist Entstehung des Anspruchs, § 200 S. 1 BGB; Verjährungsbeginn im Fall des § 197 I Nr. 3 BGB ist gem. § 201 S. 1 BGB der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung.
- 105** Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Verjährung **gehemmt**. „Hemmung“ bedeutet, dass die Verjährungsfrist in ihrem Ablauf „unterbrochen“ wird, sie nach Beseitigung des Hemmnisses dann aber nicht (wie bei einer echten Unterbrechung) erneut von vorne

<sup>215</sup> LG Trier BB 2019, 2707, 2708.

<sup>216</sup> BGH NJW 2014, 3713, 3716. Siehe auch *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 199 Rn 27.

<sup>217</sup> Siehe dazu ausführlich *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 690/773.

beginnt, sondern sich nur um den Zeitraum der Hemmung verlängert. Es geht also um einen Zeitraum, der bei der Berechnung der Verjährung nicht eingerechnet wird (§ 209 BGB). Das Gesetz sieht verschiedene Gründe vor, die zu einer Hemmung der Verjährung führen. Namentlich geht es um:

- Verhandlungen, § 203 BGB
- Rechtsverfolgung, § 204 BGB
- Leistungsverweigerungsrecht, § 205 BGB
- höhere Gewalt, § 206 BGB
- familiäre und ähnliche Gründe, § 207 BGB
- Ansprüche wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, § 208 BGB
- Beim Verbrauchsgüterkaufrecht siehe § 475e III, IV BGB (dazu Rn 109b).

§ 203 BGB ordnet die Verjährungshemmung an für den Fall, dass zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände schweben. Die Verjährung ist so lange gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert (§ 203 S. 1 BGB). Allerdings führt die Wiederaufnahme abgebrochener Verhandlungen nicht zu einer auf den Beginn der Verhandlungen rückwirkenden Hemmung der Verjährung.<sup>218</sup>

106

Nach § 204 I BGB ist die Verjährung insbesondere gehemmt durch Klageerhebung (Nr. 1), Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren (Nr. 3), Verfahren bei einer Streitbeilegungsstelle (Nr. 4), Zustellung der Streitverkündung (Nr. 6) und die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens (Nr. 7).

107

**Beispiel**<sup>219</sup>: Die Parteien streiten im Revisionsverfahren über die Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung einer vom Kläger geleisteten Mietkaution. Der Beklagte meint, die Forderung sei verjährt, da weder die Erhebung einer negativen Feststellungsklage durch den Schuldner noch die Verteidigung des Gläubigers hiergegen eine Hemmung der Verjährung bewirkten. Das sah der BGH ebenso, da kein Fall des § 204 I Nr. 1 BGB vorliege.<sup>220</sup>

Die Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens, § 204 II S. 1 BGB.

Von der Verjährungshemmung ist der **Neubeginn** der Verjährung zu unterscheiden. Dieser richtet sich nach § 212 I BGB und tritt ein, wenn der Schuldner gegenüber dem Gläubiger den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird.

108

Da – wie bereits ausgeführt – gem. § 194 I BGB nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, können Rechte (wie bspw. der Rücktritt vom Vertrag und die Minderung des Kaufpreises) an sich nicht verjähren.<sup>221</sup> Das heißt aber nicht, dass Rechte, die keine Ansprüche sind, unbefristet ausgeübt werden könnten. Denn der Gesetzgeber hat die Fristen zur Ausübung dieser Rechte ebenfalls begrenzt. So ist beim Kaufvertrag die Ausübung des Rücktrittsrechts und des Minderungsrechts an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gekoppelt. Rücktritt und Minderung sind nicht mehr möglich, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und der Verkäufer sich hierauf beruft (§ 438 IV i.V.m. § 218 BGB).

109a

---

<sup>218</sup> BGH ZIP 2017, 236, 237.

<sup>219</sup> Nach BGH NJW 2012, 3633.

<sup>220</sup> BGH NJW 2012, 3633, 3634.

<sup>221</sup> Klarstellend BGH NJW 2015, 2106, 2108.

**Beispiel:** Lässt der Käufer die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren, die gem. § 438 I Nr. 3, II BGB nach Ablieferung der mangelhaften beweglichen Sache zu laufen begann, verstreichen, kann er auch nicht mehr den Rücktritt erklären, obwohl der Rücktritt als Gestaltungsrecht an sich nicht der Verjährung unterliegt.

**109b Besonderheiten im Verbrauchsgüterkaufrecht:** Die Verjährung von Mängelrechten bei Warenkäufen unterliegt Sonderregelungen. Im Einzelnen gilt:

**109c** ■ **Allgemeine Verjährungsregelungen:** Mängelrechte nach § 437 Nr. 1 BGB (Nacherfüllung) und § 437 Nr. 3 BGB (Schadensersatz, Aufwendungsersatz) unterliegen der Verjährung des **§ 438 BGB**. Diese beträgt nach allgemeinem Kaufrecht bei beweglichen Sachen (z.B. Autos, Smartphones, Computer etc., aber auch Tiere fallen darunter, vgl. § 90a BGB) 2 Jahre nach Ablieferung der Sache (§ 438 I Nr. 3, II BGB)

**109d** ■ **Verjährungsregelungen im Verbrauchsgüterkaufrecht:** Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen gelten gem. **§ 475e BGB** zudem folgende gesetzliche Verjährungsfristen:

⇒ Im Fall der **dauerhaften Bereitstellung digitaler Elemente** (§ 475c I S. 1 BGB) verjähren Ansprüche wegen eines Mangels an den digitalen Elementen nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des vereinbarten Bereitstellungszeitraums (§ 475e I BGB).

⇒ Bei Verletzung der **Aktualisierungspflicht in Bezug auf die digitalen Elemente** nach § 475b III oder IV BGB verjähren damit verbundene Ansprüche nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht (§ 475e II BGB)

⇒ Bei **allen Verbrauchsgüterkaufverträgen** gilt: Für den Fall, dass sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist zeigt, bestimmt die (Art. 10 V S. 2 WKRL umsetzende) Regelung des § 475e III BGB, dass die Verjährung nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Mangel erstmals zeigt (1. Fall der **Ablaufhemmung**). Anders formuliert: Die Verjährung tritt erst vier Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Damit verlängert sich also die Verjährungsfrist um maximal vier Monate, wenn sich ein Mangel innerhalb der (ursprünglichen) Verjährungsfrist zeigt.

**Beispiel:** Verbraucher K kauft bei Händler V einen Laptop (Neugerät). 2 Wochen vor Ablauf der zweijährigen gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 I Nr. 3 BGB) zeigt sich ein Mangel. → In diesem Fall tritt Verjährung erst 3½ Monate nach Ablauf der zweijährigen gesetzlichen Verjährungsfrist ein.

Anm.: Da der Verbraucher behaupten könnte, der Mangel habe sich am letzten Tag vor Ablauf der 24-monatigen Verjährungsfrist gezeigt, bedeutet die Regelung des § 475e III BGB faktisch eine 28-monatige Verjährungsfrist. Immerhin greift in diesem Fall nicht mehr die Beweislastregelung des § 477 I BGB, sodass der Käufer den Beweis zu erbringen hat, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden bzw. angelegt war.

⇒ Schließlich enthält § 475e IV BGB eine Verjährungsregelung für den Fall, dass der Verbraucher zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Ansprüchen aus einer Garantie die Ware dem Unternehmer oder auf Veranlassung des Unternehmers einem Dritten übergeben hat (2. Fall der **Ablaufhemmung**). Dann tritt die Verjährung von Ansprüchen wegen des geltend gemachten Mangels **nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten** nach dem Zeitpunkt ein, in dem **die nachgebesserte oder ersetzte Ware dem Verbraucher übergeben wurde**.

**Beispiel:** Verbraucher K kauft bei Händler V einen Laptop (Neugerät). 2 Wochen vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 I Nr. 3 BGB) zeigt sich ein Mangel; K

übergibt V das Gerät zwecks Reparatur. Ein paar Tage nach Ablauf der regulären Verjährungsfrist erhält K das Gerät zurück. → In diesem Fall tritt Verjährung erst 2 Monate nach Rückgabe an K ein.

Anm.: Mit dieser Regelung möchte der Gesetzgeber gewährleisten, dass der Verbraucher nach Rückerhalt der Sache prüfen kann, ob der Mangel tatsächlich behoben wurde.<sup>222</sup> Zudem soll verhindert werden, dass die Verjährung abläuft, während sich die Kaufsache zur Nacherfüllung beim Unternehmer befindet.<sup>223</sup> Allerdings stellt die Vorschrift klar, dass sich die Ablaufhemmung nur auf solche Mängel bezieht, die auch zuvor geltend gemacht wurden. Zeigt sich also während der Ablaufhemmung ein anderer als der geltend gemachte Mangel, wird die Verjährung nicht gehemmt. Damit soll eine ungerechtfertigte Privilegierung des Verbrauchers, der während der Verjährungsfrist einen anderen Mangel geltend gemacht hat, gegenüber dem Verbraucher, der während der Verjährungsfrist keinen Mangel geltend gemacht hat, verhindert werden.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> Siehe BT-Drs. 19/27424, S. 41.

<sup>223</sup> BT-Drs. a.a.O.

<sup>224</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 42.

## 6. Kapitel – Die Stellvertretung

### A. Grundlagen der Stellvertretung

#### I. Einführung

Im Rechtsverkehr ist es nicht unüblich, dass eine Partei nicht selbst handeln möchte oder kann und sich daher eines Stellvertreters bedient bzw. bedienen muss.

612

##### Beispiele:

- (1) **Geschäftsunfähige** Personen sind aus rechtlichen Gründen (vgl. §§ 104, 105 I, 105a BGB) nicht in der Lage, wirksame Willenserklärungen abzugeben. Daher bedürfen sie im Rechtsverkehr eines Stellvertreters, der für sie handelt (vgl. etwa § 1629 BGB für die Eltern, § 1793 BGB für den Vormund, § 1902 BGB für den Betreuer).
- (2) Auch **juristische Personen** (Verein, GmbH, AG usw.) können nicht selbst (rechtsgeschäftlich) handeln. Sie werden von ihren Organen vertreten, deren Handeln der juristischen Person zugerechnet wird (vgl. § 26 BGB und § 78 AktG: Vorstand; § 35 I GmbHG: Geschäftsführer). Gleiches gilt für **rechtsfähige Personengesellschaften** (rechtsfähige BGB-Gesellschaft, OHG, KG); diese werden von ihren Gesellschaftern vertreten, § 720 BGB, §§ 124 I, 161 II, 170 I HGB.
- (3) Eine Stellvertretung kann auch schlicht dann erforderlich sein, wenn der Geschäftsherr keine Zeit hat, das Rechtsgeschäft selbst zu erledigen.
- (4) Eine Stellvertretung kann schließlich aus **tatsächlichen** Gründen erforderlich sein. So kann z.B. der Inhaber eines großen Warenhauses nicht selbst alle notwendigen Rechtsgeschäfte vornehmen. Daher bedient er sich seiner Angestellten, die ihn in diesen Situationen vertreten (vgl. insbesondere §§ 48-58 HGB).

#### II. Die in §§ 164 ff. BGB geregelte unmittelbare Stellvertretung

Das Institut der Stellvertretung ermöglicht es also, dass eine Person für eine andere rechtsgeschäftlich handeln kann. Die Willenserklärungen, die der Stellvertreter für den Vertretenen abgibt, wirken dabei ohne weiteres unmittelbar für und gegen den Vertretenen (vgl. § 164 I S. 1, III BGB). Daraus folgt zugleich, dass der Stellvertreter von dem Rechtsgeschäft, das er für den Vertretenen tätigt, unberührt bleibt. Dieses Prinzip, dass allein der Vertreter (mit Wirkung für und gegen den Vertretenen) nach außen hin rechtsgeschäftlich handelt, nicht der Vertretene, nennt man **Repräsentationsprinzip** („Der Vertretene wird durch den Vertreter, der für ihn handelt, repräsentiert“).<sup>669</sup> Für den Inhalt und die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes kommt es also ausschließlich auf den Willen des Vertreters an (vgl. auch § 166 BGB). Lediglich die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts treffen den Vertretenen (§ 164 I S. 1, III BGB).

613

Damit jedoch die Rechtswirkungen **beim Vertretenen** bzw. **Geschäftsherrn** eintreten, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein:

614

1. **Abgabe einer eigenen Willenserklärung** seitens der Mittelsperson
2. Handeln der Mittelsperson **im fremden Namen**
3. Bestehen von **Vertretungsmacht**

**Eigene Willenserklärung** seitens der Mittelsperson: Die Mittelsperson muss eine eigene Willenserklärung abgeben. Überbringt sie nur die Willenserklärung des Geschäftsherrn, liegt ein Fall der **Botenschaft** (dazu Rn 629 ff.) vor.

615

<sup>669</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 2 ff.; *Schubert*, in: MüKo, § 164 Rn 19. Dem Stellvertretungsrecht liegen insgesamt drei Prinzipien zugrunde: das soeben erläuterte Repräsentationsprinzip, das Offenkundigkeitsprinzip (Rn 665 ff.) und das stellvertretende Abstraktionsprinzip (Rn 714 ff.). Die beiden Letzteren werden in dem jeweiligen Sachzusammenhang an angegebener Stelle erläutert.

**616** Handeln der Mittelsperson **im fremden Namen**: Die Mittelsperson muss im fremden Namen handeln (Offenkundigkeitsprinzip, ausführlich Rn 665 ff.). Macht sie nach außen nicht erkennbar, dass sie im Namen eines anderen handelt, liegt kein Fall der unmittelbaren Stellvertretung vor. In Betracht kommt dann aber eine **mittelbare Stellvertretung** (dazu sogleich).

**617** Bestehen von **Vertretungsmacht**: Die Wirkung des Vertretergeschäfts gegenüber dem Vertretenen tritt nur ein, wenn der Vertreter zum Zeitpunkt des Vertretergeschäfts Vertretungsmacht hatte oder der Vertretene genehmigt, § 177 BGB (dazu Rn 686 ff.).

**618** **Beispiel**: K möchte von Händler H ein Auto kaufen (§ 433 BGB). Da er jedoch keine Zeit hat, beauftragt er den V, das Geschäft für ihn abzuwickeln. V kauft im Namen des K das Auto und stellt es dem K vor die Tür.

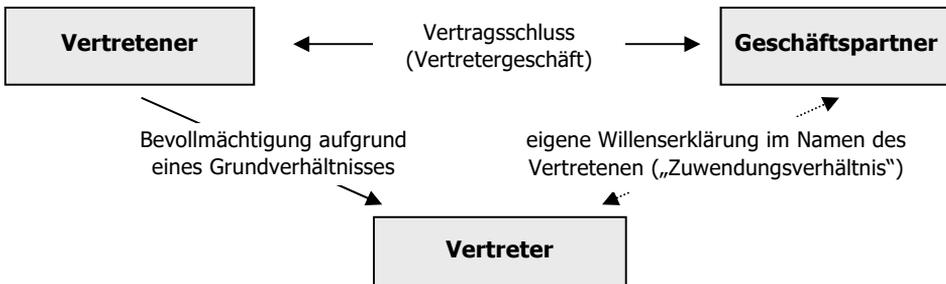
Hier sind drei Personen beteiligt:

1. der **Vertreter** (V), auch **Vordermann** oder **Mittelsperson** genannt, der seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgibt, der also vorliegend das Rechtsgeschäft mit H tätigt,
2. der **Vertretene** (K), auch **Geschäftsherr**<sup>670</sup> oder **Hintermann** genannt, bei dem die Rechtsfolgen der Stellvertretung eintreten (der also Vertragspartner des H wird),
3. und der **Dritte** (H), auch **Geschäftsgegner** oder **Geschäftspartner** genannt, gegenüber dem der Vertreter das Rechtsgeschäft des Vertretenen tätigt.

Folge der wirksamen Stellvertretung ist, dass die Erklärung des V dem K gem. § 164 I BGB zugerechnet wird. Vertragspartner des H ist also K, nicht V. Zu den Folgen, wenn V ohne Vertretungsmacht handelt bzw. diese überschreitet oder missbraucht, vgl. Rn 727 f.

**619** Am Beispiel der rechtsgeschäftlich eingeräumten Vertretungsmacht („**Vollmacht**“, vgl. § 166 II S. 1 BGB) ergeben sich somit folgende Rechtsbeziehungen:

1. Das **Vertretergeschäft**: Dies ist das Rechtsgeschäft, das der Vertreter im Namen des Vertretenen mit dem Dritten (dem Geschäftspartner des Vertretenen) tätigt und das gem. § 164 I S. 1, III BGB für und gegen den Vertretenen wirkt.
2. Die **Bevollmächtigung**: Dieses Geschäft beschreibt das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter. Die Vertretungsmacht wird rechtsgeschäftlich erteilt, kann sich aber auch aus Rechtsscheingesichtspunkten (vgl. §§ 170-172 BGB, aber auch Duldungs- und Anscheinsvollmacht) ergeben (vgl. dazu Rn 686 ff.). Der Bevollmächtigung liegt zudem ein **Grundverhältnis** („Grundgeschäft“) zugrunde. Das ist i.d.R. ein Vertragsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten. Zumeist handelt es sich um einen Auftrag (§ 662 BGB), eine Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) oder einen Arbeitsvertrag (§ 611a BGB).
3. Das **„Zuwendungsverhältnis“**: Der Vertreter mittelt den Vertrag zwischen dem Vertretenen und dessen Geschäftspartner, ohne selbst diesem gegenüber verpflichtet zu sein.



<sup>670</sup> Der Begriff „Geschäftsherr“ ist jedenfalls bei der rechtsgeschäftlich eingeräumten Vertretungsmacht üblich, bei der gesetzlichen Stellvertretung (Rn 689 ff.) dagegen unpräzise; hier sollte besser von „Vertretenem“ gesprochen werden.

Für die unmittelbare Stellvertretung ergibt sich folgende Definition:

Eine **Stellvertretung** i.S.d. §§ 164 ff. BGB ist ein rechtsgeschäftliches Handeln im Namen des Vertretenen mit der Wirkung, dass die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten (sog. **unmittelbare oder direkte Stellvertretung**).<sup>671</sup>

620

### III. Abgrenzung zur „mittelbaren Stellvertretung“

**Nicht** von den §§ 164 ff. BGB erfasst wird die „**mittelbare Stellvertretung**“. Bei dieser treffen die Folgen des Rechtsgeschäfts zunächst nur den Handelnden, weil dieser nicht im fremden Namen, sondern **im eigenen Namen** handelt. Daher ist der Hintermann auch nicht Vertragspartner des Geschäftsgegners, woraus deutlich wird, dass es sich bei der „mittelbaren Stellvertretung“ juristisch nicht um eine Stellvertretung handelt. Allerdings bestehen zwischen dem mittelbaren Stellvertreter und dem Hintermann anderweitige Geschäftsbeziehungen, wonach der mittelbare Stellvertreter verpflichtet ist, im Sinne des Hintermanns zu handeln und diesem die Rechtsfolgen seines Handelns zukommen zu lassen. Haupterscheinungsformen der mittelbaren Stellvertretung sind die **Kommission** (§§ 383 ff. HGB), bei der der Kommissionär gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (den Kommittenten) im eigenen Namen kauft und verkauft, und die **Spedition** (§§ 453 ff. HGB). Eine mittelbare Stellvertretung kommt aber auch unabhängig vom Handelsrecht in Betracht, etwa in Form eines „**Strohmanngeschäfts**“.

621

**Beispiel:** Geschäftsherr G sammelt hochwertige Gemälde. Da er jedoch anonym bleiben möchte, beauftragt er stets seinen Freund F, Gemälde zu kaufen. Diesmal schickt er F zu D, um einen Kandinsky zu kaufen. Dabei soll F den G nicht namentlich benennen. So geschieht es.

622

Sofern F im eigenen Namen handelt, liegt kein Fall der in den §§ 164 ff. BGB geregelten unmittelbaren Stellvertretung vor. Vielmehr ist ein Fall der mittelbaren Stellvertretung („**Strohmanngeschäft**“)<sup>672</sup> gegeben. F hat im eigenen Namen mit D den Kaufvertrag geschlossen und ist nun selbst aus dem Kaufvertrag berechtigt und verpflichtet. Auch erfolgte die Übereignung des Bildes gem. § 929 S. 1 BGB zunächst von D auf F. Dieser, und nicht G, ist insoweit Eigentümer geworden.<sup>673</sup>

Allerdings hat G einen schuldrechtlichen Anspruch gegen F auf (Weiter-)Übereignung. Denn aufgrund des zwischen ihm und F bestehenden Vertragsverhältnisses (§ 662 BGB) ist F verpflichtet, das Bild auf G zu übereignen (§ 667 BGB). G muss dem F im Gegenzug den für das Bild aufgewendeten Kaufpreis ersetzen (§ 670 BGB), sofern er nicht schon dem F das Geld mitgegeben hatte.

**Fazit:** Da die Rechtswirkungen des getätigten Geschäfts den mittelbaren „Vertreter“ also selbst treffen und der Geschäftsherr an diesem Geschäft nicht unmittelbar beteiligt ist, handelt es sich bei der mittelbaren Stellvertretung um keine wirkliche Stellvertretung. Vielmehr werden die Rechte des mittelbaren Vertreters erst durch ein weiteres Rechtsgeschäft an den Geschäftsherrn übertragen. Daher wird die mittelbare Stellvertretung allgemein wie folgt definiert: Eine **mittelbare** (unechte, indirekte) **Stellvertretung** liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber im (wirtschaftlichen) Interesse und **für Rechnung des Geschäftsherrn** vornimmt.<sup>674</sup>

623

<sup>671</sup> Allgemein übliche Definition, vgl. etwa *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 1.

<sup>672</sup> Zum Strohmanngeschäft und zur Abgrenzung zu § 117 BGB vgl. auch Rn 1083 ff.

<sup>673</sup> Damit G möglichst rasch Eigentümer des Bildes wird, wäre es auch möglich, dass F das Bild an G gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB durch antizipierte Einigung und antizipiertes Besitzkonstitut (auch schon vor Erwerb des F von D) bzw. durch Insihgeschäft weiterübereignet. Aber auch hier würde F – zumindest für eine logische Sekunde – Eigentümer des Bildes (sog. „Durchgangserwerb“, *Stadler*, AT, § 29 Rn 4; *Baur/Stürmer*, SachenR, § 51 Rn 42).

<sup>674</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 6; *Brox/Walker*, AT, Rn 515.

#### IV. (Un-)Zulässigkeit der Stellvertretung

- 624 Da § 164 I S. 1 BGB eine Zurechnung von **Willenserklärungen** anordnet, ist die Stellvertretung grundsätzlich bei **allen Rechtsgeschäften** möglich, also bei einseitigen Rechtsgeschäften (Kündigung, Anfechtung, Erklärung des Rücktritts von einem Vertrag etc.) und mehrseitigen Rechtsgeschäften, d.h. solchen, die auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet sind. Auch bei **rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen** (z.B. Mahnung, Fristsetzung etc.) ist eine Stellvertretung möglich, allerdings unter analoger Anwendung der §§ 164 ff. BGB.<sup>675</sup> Geht es jedoch um die Vornahme **höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte** (insbesondere aus dem Bereich des Familien- und Erbrechts), ist eine Stellvertretung i.d.R. gesetzlich **ausgeschlossen**. Das gilt v.a. für die Eheschließung (§ 1311 BGB), die Testamentserrichtung (§ 2064 BGB) und den Erbvertrag (§ 2274 BGB).

**Beispiel:** Vor der Eheschließung mit M muss F noch einen wichtigen Geschäftstermin in den USA wahrnehmen. Sie plant ihre Rückkehr einen Tag vor dem Standesamtstermin. Wegen eines Sturms an der Ostküste der USA werden aber alle Flüge für diesen Tag abgesagt. Daher bittet F telefonisch ihre Freundin V, in ihrem Namen die Ehe mit M zu schließen, damit wenigstens der Hochzeitstermin nicht verschoben werden muss.

Da die Rechtsfolgen einer Stellvertretung den Vertretenen, nicht den Vertreter treffen (§ 164 I S. 1 BGB), erscheint eine Stellvertretung auch vorliegend unproblematisch, da V keinesfalls Ehefrau des M wird. Die Eheschließung ist aber ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, bei dem die Eheschließenden ihre Erklärungen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgeben müssen (§ 1311 S. 1 BGB).<sup>676</sup> Daher ist eine Stellvertretung nicht möglich. Der Standesbeamte würde seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigern (siehe § 1310 I S. 2 BGB), wenn ein Stellvertreter erschiene.

Ann.: Ob eine Eheschließung mittels Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.) zulässig wäre, ist angesichts des klaren Wortlauts des § 1311 S. 1 BGB zwar ebenfalls zweifelhaft, möglicherweise aber teleologisch gerechtfertigt. Siehe dazu Rn 50a. Der Abschluss eines Ehevertrags ist jedenfalls ohne weiteres mittels Stellvertretung möglich.<sup>677</sup>

- 625 Die Unzulässigkeit einer Stellvertretung kann sich auch aus den **vertraglichen Abreden der Parteien** ergeben („gewillkürte Höchstpersönlichkeit“).<sup>678</sup>

**Beispiel:** A engagiert den Zauberer Z für einen Auftritt im Rahmen einer Familienfeier. Da sich Z kurzfristig außerstande sieht, aufzutreten, beauftragt er den ihm bekannten Zauberer V, an seiner Stelle aufzutreten.

Da A hier den Z „gebucht“ hat, ist im Zweifel davon auszugehen, dass es A auf die Person des Z ankommt, sofern die Parteien nicht ausdrücklich die Ersetzbarkeit des Z vereinbart haben. § 613 S. 1 BGB stellt dies klar.

- 626 Wird ein unzulässiges Vertretergeschäft vorgenommen, ist es nichtig. Eine Heilung (etwa durch Genehmigung, vgl. § 177 BGB) ist nicht möglich.

- 627 Ausgeschlossen ist eine Stellvertretung auch bei **Realakten**, d.h. bei (Willens-)Betätigungen rein *tatsächlicher* Art, die kraft Gesetzes eine Rechtsfolge auslösen. Denn solche Handlungen können nicht durch Erklärungen vorgenommen werden und haben schon äußerlich keine Ähnlichkeit mit den Rechtsgeschäften.<sup>679</sup>

<sup>675</sup> BGHZ 47, 352, 357; BGH NJW 1995, 45 ff.; *Giesen/Hegermann*, Jura 1991, 357, 359; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 3; *Brox/Walker*, AT, Rn 513; *Stadler*, AT, § 30 Rn 1.

<sup>676</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, FamR, Rn 58 ff.

<sup>677</sup> BGHZ 138, 239, 243 ff.

<sup>678</sup> BGHZ 99, 90, 94; *Stadler*, AT, § 29 Rn 4; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 4.

<sup>679</sup> BGHZ 16, 259, 263; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 3; *Brox/Walker*, AT, Rn 513; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 196; *Giesen/Hegermann*, Jura 1991, 357, 360; *Köhler*, AT, § 11 Rn 7; *Stadler*, AT, § 29 Rn 9.

**Beispiele:** Erwerb des unmittelbaren Besitzes (§ 854 I BGB), Verbindung und Vermischung (§§ 946-948 BGB), Verarbeitung (§ 950 BGB), Fund (§ 965 BGB), Schatzfund (§ 984 BGB), unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB)

In diesen Fällen kann jedoch bei Pflichtverletzungen von Hilfspersonen oder bei unerlaubten Handlungen eine Zurechnung über §§ 278, 31 BGB in Betracht kommen.

## B. Einordnung der Stellvertretung in den Prüfungsaufbau

Da bei einer Stellvertretung der Stellvertreter seine Willenserklärung für und gegen den Vertretenen abgibt, das Rechtsgeschäft also für *diesen* zustande bringt, erfolgt die Einordnung der Stellvertretung in den Prüfungsaufbau der Anspruchsprüfung (Schema bei Rn 1629) im Punkt „Zustandekommen des Vertrags“ bzw. „Anspruch entstanden“.

627a

627b

### Einbeziehung einer Stellvertretung im Anspruchsaufbau

#### I. Anspruch entstanden?

##### 1. Vorliegen einer Einigung

Es gelten die Prüfungspunkte, die im Prüfungsschema bei Rn 1629 dargestellt wurden. Daher soll nur auf die Besonderheiten der Einbeziehung eines Stellvertreters eingegangen werden: Ein Vertrag kommt nur dann zustande, wenn zwei aufeinander bezogene und inhaltlich einander entsprechende Willenserklärungen vorliegen und sich die Parteien über die vertragswesentlichen Inhalte geeinigt haben (§§ 145 ff. BGB). Bedient sich eine der Parteien (oder beide) eines **Stellvertreters**, gibt *dieser* seine Willenserklärung mit Wirkung für und gegen den Vertretenen ab und einigt sich im Namen des Vertretenen mit dem Geschäftspartner (oder mit dessen Stellvertreter). Es kommt grds. allein auf das Handeln und Wissen des Stellvertreters an (§ 164 I BGB bzw. § 166 I BGB). Das Gesetz stellt mit den §§ 164 ff. BGB aber bestimmte Anforderungen an die Stellvertretung:

##### a. Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB

Unmittelbare Anwendung bei Willenserklärungen; analoge Anwendung bei geschäftsähnlichen Handlungen; keine Anwendung bei Realakten

##### b. Zulässigkeit der Stellvertretung

Zulässig ist eine Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften, außer, eine Vorschrift schließt die Stellvertretung aus (was insb. bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften der Fall ist; die Höchstpersönlichkeit kann sich dabei aus Gesetz, vgl. z.B. §§ 1311, 2064, 2274 BGB, oder aus einer Parteiabrede, sog. gewillkürte Höchstpersönlichkeit, ergeben). In der Fallbearbeitung kann man diesen Prüfungspunkt auch bei der Vertretungsmacht verorten, weil die Unzulässigkeit der Stellvertretung ja dazu führt, dass keine Vertretungsmacht besteht.

##### c. Abgabe einer eigenen Willenserklärung

Bei der **Abgrenzung** zwischen **Stellvertretung** und **Botenschaft** kommt es entscheidend darauf an, ob die Mittelsperson eine *fremde* Willenserklärung übermittelt (dann Bote) oder ob sie eine *eigene* Willenserklärung abgibt (dann Stellvertreter). Maßgeblich ist bei dieser Beurteilung, wie das **Auftreten der Mittelsperson im Außenverhältnis verständigerweise zu beurteilen ist**, also aus der **Sicht des Erklärungsempfängers**.

Bei der Abgrenzung ergeben sich vor allem bei Willensmängeln, bei formbedürftigen Rechtsgeschäften und dem Zeitpunkt des Zugangs rechtliche Unterschiede.

##### d. Im fremden Namen

Der Vertreter muss gem. § 164 I S. 1 BGB die Willenserklärung **erkennbar im Namen des Vertretenen** abgeben (sog. **Offenkundigkeitsprinzip**). Dabei ist es gemäß **§ 164 I S. 2 BGB** ausreichend, wenn sich **aus den Umständen** ergibt, dass die Abgabe der Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Für diese Abgrenzung zwischen Vertreter- und Eigengeschäft gelten die allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB). Entscheidend ist daher, wie der Erklärungsempfänger das Verhalten des Handelnden unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des Einzelfalls verstehen durfte. Zu berücksichtigen sind dabei alle Umstände, insbesondere früheres Verhalten, Zeit und Ort der Erklärung, die berufliche Stellung der Betei-

lichten, die Art ihrer Werbung und die erkennbare Interessenlage. Auch beim **offenen Geschäft für den, den es angeht** liegt ein Fall der zulässigen Stellvertretung vor. **Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip:**

- ⇒ verdecktes Geschäft für den, den es angeht
- ⇒ Handeln unter fremden Namen (Fall der Identitätstäuschung)
- ⇒ Sonderfall: § 1357 BGB

#### **e. Mit Vertretungsmacht**

Das Vertretergeschäft kommt nur zustande, wenn der Vertreter mit **Vertretungsmacht** handelt. Darunter ist die Befugnis zu verstehen, einen anderen wirksam zu vertreten und für ihn mit verbindlicher Wirkung Willenserklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen. Sie liegt vor, wenn der Vertreter entweder **kraft Gesetzes** zur Vornahme des Rechtsgeschäfts befugt ist oder wenn der Vertretene dem Vertreter **rechtsgeschäftlich** eine entsprechende Vertretungsmacht eingeräumt hat, sog. Vollmacht (vgl. die Legaldefinition in § 166 II S. 1 BGB) bzw. gewillkürte Stellvertretung. Vgl. hierzu die Übersicht bei Rn 688. Zur **Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins** vgl. Rn 809 ff.

#### **f. Rechtsfolge**

Liegen die vorstehenden Voraussetzungen vor, wirkt die Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen, § 164 I S. 1, III BGB.

#### **2. Nichtvorliegen von rechtshindernden Einwendungen**

- ⇒ Mangelnde Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB – Rn 926 ff.)
- ⇒ Bewusste Willensmängel (Schein-/Scherzerklärung, §§ 116-118 BGB – Rn 1061 ff.)
- ⇒ Verletzung der vorgeschriebenen Form (§ 125 BGB – Rn 1097 ff.)
- ⇒ Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB – Rn 1164 ff.)
- ⇒ Wucher (§ 138 II BGB – Rn 1181 ff.)
- ⇒ Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB – Rn 1209 ff.)
- ⇒ Anfängliche Unmöglichkeit (§§ 275 I, 326 I BGB – SchuldR AT, Rn 364 ff.)
- ⇒ Vertrag über künftiges Vermögen oder Nachlass (§ 311b II, IV BGB – SchuldR AT, Rn 118 ff.)

#### **II. Anspruch (nicht) untergegangen (rechtsvernichtende Einwendungen)?**

- ⇒ Anfechtung (§§ 119 ff. BGB, § 142 I BGB – Rn 1264 ff.)
- ⇒ Erfüllung (§§ 362 ff. BGB – SchuldR AT, Rn 118 ff.)
- ⇒ Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (z.B. nach §§ 314, 543 BGB etc. – unten Rn 1286a und SchuldR AT, Rn 838 ff.)
- ⇒ Nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 275 I, 326 I BGB – SchuldR AT, Rn 364 ff.)
- ⇒ Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB – SchuldR AT, Rn 171 ff.)
- ⇒ Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB – SchuldR AT, Rn 188 ff.)
- ⇒ Erlass (§ 397 BGB – SchuldR AT, Rn 233 ff.)
- ⇒ Änderungsvertrag/Aufhebungsvertrag (§ 311 BGB – SchuldR AT, Rn 240 ff.)
- ⇒ Novation/Konfusion (SchuldR AT, Rn 243 ff.)
- ⇒ Rücktritt (§§ 346 ff. BGB – SchuldR AT, Rn 442 ff.)
- ⇒ Widerruf, insb. nach Verbraucherschutzvorschriften (§ 355 BGB, auf den etwa in § 312g I BGB verwiesen wird – SchuldR AT, Rn 968 ff.)
- ⇒ Gläubiger- und Schuldnerwechsel (Abtretung, §§ 398 ff. BGB; Schuldübernahme, §§ 414 ff. BGB; gesetzl. Forderungsübergang, § 412 - SchuldR AT, Rn 247 ff. und 1103)
- ⇒ Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 III BGB – der sich daraus ergebende Rücktritt ist aber nur letztes Mittel der Konfliktlösung – SchuldR AT, Rn 785 ff.)
- ⇒ Unredlicher Erwerb einer eigenen Rechtsstellung (§ 242 BGB – SchuldR AT, Rn 65 ff.)

#### **III. Anspruch durchsetzbar (rechtshemmende Einwendungen)?**

- ⇒ Leistungsverweigerungsrechte nach § 275 II, III BGB (SchuldR AT, Rn 394 ff.)
- ⇒ Ausschluss der Nacherfüllungspflicht nach § 439 IV BGB (SchuldR AT, Rn 702)
- ⇒ Verjährung (§§ 214 ff. BGB)
- ⇒ Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB – SchuldR AT, Rn 334 ff.)
- ⇒ Nichterfüllter Vertrag (§ 320 BGB – SchuldR AT, Rn 352 ff.)

## C. Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung

Nachdem (in der Fallbearbeitung) die **Anwendbarkeit** der §§ 164 ff. BGB bejaht und die **Unzulässigkeit** der Stellvertretung – etwa wegen des höchstpersönlichen Charakters des Rechtsgeschäfts – **verneint** wurde, sind sodann die **Voraussetzungen** der §§ 164 ff. BGB zu prüfen. Diese sind wie gesehen:

628

**I. Abgabe einer eigenen Willenserklärung** bei der Mittelsperson

**II.** Handeln der Mittelsperson **im fremden Namen**

**III.** Bestehen einer **Vertretungsmacht**

### I. Abgabe einer eigenen Willenserklärung

Wie schon bei Rn 615 einleitend erwähnt, setzt eine wirksame Stellvertretung zunächst voraus, dass der Vertreter eine **eigene** (wirksame) **Willenserklärung** abgibt (§ 164 I BGB). Die Mittelsperson ist also nur dann als Vertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB zu qualifizieren, wenn sie selbst rechtsgeschäftlich tätig wird.

629

#### 1. Abgrenzung zwischen Stellvertretung und Botenschaft

Bei diesem Prüfungspunkt ist eine **Abgrenzung zur Botenschaft** erforderlich, da der Bote *keine* eigene Willenserklärung kundtut, sondern lediglich die bereits von seinem Geschäftsherrn abgegebene Willenserklärung übermittelt. Er vermittelt also nur das Wirksamwerden dieser bereits abgegebenen Willenserklärung, indem er ihren Zugang bewirkt.<sup>680</sup> Er handelt daher nicht rechtsgeschäftlich, sondern rein tatsächlich. Verkürzt kann man sagen:

630

- Der **Bote** übermittelt eine **fremde Willenserklärung**, nämlich die seines Geschäftsherrn („Ich soll von meinem Chef ausrichten, dass er ... kaufen möchte“).
- Der **Stellvertreter** unterbreitet dem Geschäftspartner seine **eigene Willenserklärung** („Ich kaufe im Namen meines Chefs ...“).

#### a. Abgrenzungskriterien

Die Frage, ob eine Mittelsperson eine *fremde* Willenserklärung übermittelt (dann Bote) oder eine *eigene* Willenserklärung abgegeben hat (dann Vertreter), ist nach h.M. aus Gründen des Verkehrsschutzes im Wege der **Auslegung** (§§ 133, 157 BGB) danach zu beantworten, wie das **Auftreten der Mittelsperson im Außenverhältnis verständigerweise zu beurteilen ist**, also aus der **Sicht des Erklärungsempfängers**.<sup>681</sup> Unerheblich ist also das zwischen dem Geschäftsherrn und der Mittelsperson bestehende Innenverhältnis. Tritt der Bote gegenüber Dritten als Vertreter auf oder tritt umgekehrt der Vertreter als Bote auf, zählt nur das nach außen hin deutlich gewordene Erscheinungsbild.

631

Die Abgrenzung zwischen Vertreter und Boten ist nach dem **objektiven Empfängerhorizont** vorzunehmen. Es kommt demnach entscheidend darauf an, wie der Empfänger das Auftreten der Mittelsperson verstehen dürfte.

632

**Beispiel:** Tritt eine Leitende Angestellte gegenüber Geschäftspartnern auf, dürfte kaum ein Zweifel daran bestehen, dass sie *Stellvertreterin* des Unternehmens ist. Nimmt eine Hausangestellte eine Nachricht für ihren Geschäftsherrn entgegen, dürfte umgekehrt im

<sup>680</sup> Brox/Walker, AT, Rn 518; Boecken, AT, Rn 609 f.; Ellenberger, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 11; Schilken, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn 73 f.; Medicus/Petersen, BR, Rn 77.

<sup>681</sup> BGHZ 12, 327, 334; 36, 30, 33; BAG NJW 2008, 1243 f.; Schubert, in: MüKo, § 164 Rn 71; Schilken, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn 74; Brox/Walker, AT, Rn 518; Köhler, AT, § 11 Rn 16; Medicus/Petersen, BR, Rn 77; Neuner, AT, § 49 Rn 16.

Zweifel anzunehmen sein, dass sie *Botin* ist. Auch wenn der Ehepartner Post entgegennimmt, ist i.d.R. von einem Empfangsboten auszugehen. Geschäftsunfähigkeit der Mittelsperson kann ausschließlich Botenschaft begründen (dazu Rn 636 f.).

- 633 Vereinfacht lässt sich sagen, dass der Vertreter über das „Ob“ und „Wie“ des Rechtsgeschäfts entscheidet, während der Bote vorformulierte Erklärungen wiedergibt.

**Beispiel:** Sagt die Mittelsperson: „Ich mache Ihnen im Namen des G folgendes Angebot ...“, ist sie Stellvertreter. Denn hier bringt sie zum Ausdruck, eine gewisse Entscheidungsfreiheit zu haben. Sagt sie hingegen: „Ich überbringe Ihnen ein Angebot des G ...“, ist sie Bote. Denn hier ist offenkundig, dass sie lediglich die Willenserklärung des Geschäftsherrn übermittelt.

- 634 Ob die Mittelsperson Stellvertreter ist, kann jedoch sehr zweifelhaft sein, wenn ihr nur ein **sehr geringes Maß an Entscheidungsfreiheit** zusteht.

**Beispiel:** Erhält der in einem Warenhaus angestellte Verkäufer von der Geschäftsleitung die Weisung, die festgesetzten Preise einzuhalten, kann er regelmäßig auch nicht entscheiden, mit wem er kontrahiert und mit wem nicht. Vielmehr ist anzunehmen, dass er mit jedem kontrahieren muss, der den Kaufpreis zahlt (sofern keine gesetzlichen Verbote bestehen). Dennoch muss der Verkäufer als Vertreter qualifiziert werden, weil es an einer Willensbildung der Geschäftsleitung für die einzelnen konkreten Vertragsabschlüsse fehlt.<sup>682</sup> Die Vertretung bezieht sich in diesen Fällen gerade auf den Vertragsschluss. Zu § 56 HGB vgl. Rn 775.

- 635 Vertreter, deren Willenserklärung wie in der eben aufgezeigten Konstellation in allen Einzelheiten bereits vorgegeben ist, werden als „**Vertreter mit gebundener Marschrichtung**“ bezeichnet.

- 636 Ein wichtiges Abgrenzungskriterium stellt auch die **Geschäftsfähigkeit** der Mittelsperson dar. Denn dadurch, dass der Stellvertreter eine *eigene wirksame* Willenserklärung abgibt (wenn auch im Namen des Geschäftsherrn) und die Willenserklärung eines **Geschäftsunfähigen** immer unwirksam ist (vgl. §§ 104, 105 I, 131 I BGB), muss der **Vertreter** folgerichtig zumindest **beschränkt geschäftsfähig** (vgl. §§ 2, 106 BGB) sein, damit die Folgen des Rechtsgeschäfts den Vertretenen treffen. Eine Umgehung des Minderjährigenschutzes besteht nicht, da die Rechtsfolgen des Vertretergeschäfts ja gerade nicht den Vertreter, sondern ausschließlich den Vertretenen treffen. **§ 165 BGB** stellt dies (i.V.m. § 164 I S. 1 BGB) klar.

- 637 Lässt der Geschäftsherr dennoch ein Geschäft durch einen **Geschäftsunfähigen** abschließen, folgt daraus jedoch noch nicht zwingend die Nichtigkeit.

**Beispiel:** Mutter M möchte ihrer 5-jährigen Tochter T eine Freude machen. Sie gibt ihr 2 €, womit diese sich etwas Süßes kaufen soll. Eine Weisung, in welchen Laden sie gehen oder welche Süßigkeiten sie kaufen soll, gibt M der T nicht.

Hier steht es der T also frei, wo sie sich welche Süßigkeiten kauft. Aufgrund ihrer Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 1 BGB) kann T aber keine eigene Willenserklärung abgeben und damit weder ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen schließen noch ihre Mutter wirksam vertreten (vgl. §§ 105 I, 165 BGB). Angenommen, T ginge weisungswidrig zum Bäcker B und träte mit der ihr eingeräumten Entscheidungsfreiheit auf, wäre sie aus der Sicht eines objektiven Empfängers an sich als Vertreterin zu qualifizieren. In diesem Fall wäre das Rechtsgeschäft wegen § 165 BGB aber nichtig. Teilweise wird daher eine teleologische Reduktion des § 165 BGB vorgenommen mit der Folge, dass Vertretungsrecht anzuwenden ist. Richtigerweise ist in einem solchen Fall der **Geschäftsunfähige** jedoch

---

<sup>682</sup> Medicus/Petersen, AT, Rn 886.

trotz dieser gewissen Weisungsfreiheit als **Bote** zu qualifizieren, der die Willenserklärung des Geschäftsherrn (hier der M) überbringt, auf diese Weise also den Zugang der Willenserklärung bewirkt, sodass ein Rechtsgeschäft zustande kommen kann.

**Fazit:** Während die **Stellvertretung** zumindest eine **beschränkte Geschäftsfähigkeit** des Vertreters verlangt, besteht die **Botenstellung** unabhängig von der Geschäftsfähigkeit, kann also auch von einem **Geschäftsunfähigen** vorgenommen werden. Plastisch gesprochen lässt sich sagen: „Und ist das Kindlein noch so klein, so kann es doch schon Bote sein“.<sup>683</sup>

638

## b. Abgrenzung in aktiver und passiver Hinsicht

Da einerseits eine aktive und passive Stellvertretung und andererseits eine aktive und passive Botenschaft denkbar sind, muss in Zweifelsfällen auch diesbezüglich, und zwar in zweierlei Hinsicht, eine Abgrenzung zwischen Stellvertretung und Botenschaft vorgenommen werden.

639

- **Abgrenzung Aktivvertreter/Erklärungsbote:** Sowohl der Aktivvertreter (vgl. § 164 I BGB) als auch der Erklärungsbote stehen auf der Seite desjenigen, der eine Willenserklärung übermitteln (lassen) will, also auf der **Seite des Absenders**. Während der Aktivvertreter jedoch eine *eigene* Willenserklärung abgibt, übermittelt der Erklärungsbote eine *fremde* Willenserklärung, nämlich die seines Geschäftsherrn. Die Abgrenzung erfolgt nach dem objektiven Empfängerhorizont (s.o.).

640

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Abgrenzung zwischen Aktivvertreter und Erklärungsbote ist im Prüfungspunkt „Abgabe der Willenserklärung“ vorzunehmen, wenn feststeht, dass der Geschäftsherr nicht selbst gehandelt hat, sondern die Mittelsperson.

- **Abgrenzung Passivvertreter/Empfangsbote:** Dagegen finden sich sowohl der Passivvertreter (§ 164 III BGB) als auch der Empfangsbote auf der **Seite des Erklärungsadressaten**. Beide nehmen eine Willenserklärung für ihren Geschäftsherrn entgegen. Die Abgrenzung erfolgt auch hier nach dem objektiven Empfängerhorizont<sup>684</sup> (s.o.).

641

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Abgrenzung zwischen Passivvertreter und Empfangsbote ist im Prüfungspunkt „Zugang der Willenserklärung“ vorzunehmen, wenn feststeht, dass der Geschäftsgegner die Willenserklärung nicht selbst entgegengenommen hat, sondern die Mittelsperson, derer er sich bedient.<sup>685</sup>

## 2. Bedeutung der Unterscheidung

Relevant wird die Abgrenzung Passivvertreter/Empfangsbote vor allem bei der Frage des **Zeitpunkts des Zugangs der Willenserklärung**, der z.B. für die Bestimmung der Anfechtungsfrist des § 121 BGB („unverzüglich“) oder für den fristgerechten Zugang einer Kündigung (etwa gem. § 622 BGB) von Belang sein kann. Handelt es sich bei der Person, die die Erklärung entgegennimmt, um einen **Stellvertreter** i.S.d. §§ 164 ff. BGB, ist die Willenserklärung in dem Augenblick zugegangen, in dem sie dem Stellvertreter zugegangen ist. Ob und ggf. wann sie an den Vertretenen weitergeleitet wird, ist dann unerheblich. Ist die Empfangsperson indes lediglich **Empfangsbote**, gilt die Erklärung erst dann als zugegangen, wenn sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt und dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.

642

Im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Botenschaft vor allem bei **Willensmängeln** und bei der **Wissenszurechnung** bedeutsam. Denn während es

<sup>683</sup> Vgl. etwa Köhler, AT, § 11 Rn 16.

<sup>684</sup> Vgl. hierzu auch den Fall BAG NJW 2011, 2604 ff.

<sup>685</sup> Wie hier nun auch Faust, JuS 2012, 68 f.

bei der Stellvertretung grds. auf die Willensmängel oder Kenntnisse des Stellvertreters ankommt (§ 166 BGB), sind bei der Botenschaft diejenigen des Geschäftsherrn maßgeblich. Darüber hinaus ergeben sich Unterschiede, wenn die Erklärung formbedürftig ist oder wenn es um die Frage nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung geht. Im Einzelnen gilt:

## a. Willensmängel

### aa. Willensmängel bei der Stellvertretung

**643** Da sich die **Stellvertretung** gerade dadurch auszeichnet, dass der Vertreter eine *eigene* Willenserklärung abgibt, *er* also rechtsgeschäftlich tätig wird, kommt es folgerichtig gem. **§ 166 I BGB** grundsätzlich auch auf *seine* Kenntnis der Sach- und Rechtslage an.<sup>686</sup> Willensmängel, die beim Vertreter vorliegen, sind somit für den Geschäftsherrn beachtlich.

**644** **Beispiel:** G ist an dem antiken Schiffskompass des D interessiert, den dieser zum Verkauf im Internet angeboten hat. Da G jedoch dringend eine Geschäftsreise antreten muss, beauftragt er seinen Freund V, für ihn den Kompass zu kaufen. Dieser wird von D jedoch über die Echtheit des Kompasses getäuscht, denn in Wirklichkeit handelt es sich um einen Nachbau. Zu Hause angekommen, bemerkt G – ein Fachmann auf dem Gebiet maritimer Antiquitäten – sofort, dass es sich um einen Nachbau handelt. Da G jedoch kein Fachmann auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts ist, fragt er seinen Freund R, der Jura studiert, ob er den Kaufpreis zurückverlangen könne. Dieser rät ihm, er solle anfechten. So geschieht es.

Anspruchsgrundlage des G gegen D auf Erstattung des Kaufpreises ist § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (Leistungskondiktion wegen späteren Wegfalls des Rechtsgrunds).<sup>687</sup> Zunächst bestand ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Geldes, da zwischen G und D ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen war. Durch die gegenüber D erklärte Anfechtung könnte G diesen Rechtsgrund aber vernichtet haben. Die Anfechtung stützt sich auf § 123 BGB, da V von D hinsichtlich der Echtheit arglistig getäuscht wurde. Nach § 166 I BGB werden das Wissen – und damit auch **Irrtümer** – des Vertreters dem Geschäftsherrn **zugerechnet**. Dieser wird also so gestellt, als sei er selbst getäuscht worden. G konnte daher (freilich im Rahmen der Frist des § 124 BGB) den Kaufvertrag mit D anfechten.

Weiterführende Hinweise:

- (1) Selbstverständlich hätte dasselbe gegolten, wenn V einem Irrtum nach § 119 BGB unterlegen wäre. Auch hier hätte G das Rechtsgeschäft anfechten können, da ihm auch hier die von V abgegebene Willenserklärung als eigene zugerechnet worden wäre. Auch V hätte im Namen des G anfechten können, wenn seine Vertretungsmacht auch diese rechtsgeschäftliche Handlung umfasst hätte.
- (2) Anfechtung der Willenserklärung: Leidet die vom Vertreter gegenüber dem Vertragspartner abgegebene Willenserklärung an einem Mangel, ist jedenfalls der Vertretene berechtigt, die vom Vertreter abgegebene Willenserklärung gegenüber dem Vertragsgegner anzufechten. Denn dadurch, dass er gem. § 164 I S. 1 BGB durch die (mängelbehaftete) Willenserklärung des Stellvertreters gebunden wird, muss ihm auch das Recht zustehen, die vom Vertreter abgegebene Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner anzufechten. Gesetzlich nicht geregelt ist, ob daneben auch der Vertreter anfechtungsberechtigt ist. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Vertreter und Vertreter rechtsgeschäftlich (im Rahmen der Vollmachterteilung) vereinbart haben, dass auch der Vertreter seine Willenserklärungen soll anfechten können. Besteht eine solche (ausdrückliche oder auch konkludente) Vereinbarung nicht, ist auf die Interessenlage abzustellen.<sup>688</sup>

<sup>686</sup> Sehr ausführlich zur Wissenszurechnung *Schilken*, in: Staudinger, § 164 Rn 3 ff.

<sup>687</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 373 ff.

<sup>688</sup> Vgl. dazu ausführlich *Preiß*, JA 2010, 6 ff.

Die Wissenszurechnung findet aber auch umgekehrt statt, nämlich in der Weise, dass dem Geschäftsherrn auch eine **Bösgläubigkeit** seines Vertreters zugerechnet wird:

645

**Beispiel:** Diesmal bedient sich D eines Stellvertreters, des S. Dieser verkauft im Namen des D den nachgebauten Kompass wider besseres Wissen an den gutgläubigen V (der ja im Namen des G handelt und den Kompass für echt hält, s.o.). Wenig später erfährt G jedoch die wahre Sachlage und ficht das Rechtsgeschäft gemäß § 123 BGB an. D wendet ein, dass er nichts von der Täuschung des S gewusst habe.

Auch in diesem Fall ist dem Geschäftsherrn D die Kenntnis des Vertreters S gem. § 166 I BGB zuzurechnen. Insbesondere ist der Vertreter S kein „Dritter“ i.S.d. § 123 II BGB. Die Anfechtung des G ist also berechtigt. D muss den Kaufpreis gem. §§ 812 I S. 2 Var. 1, 818 I oder II BGB zurückzahlen.

Eine Zurechnung ist auch im Falle des **gutgläubigen Erwerbs** (vgl. § 932 BGB) von Belang. Ist zwar der Geschäftsherr gutgläubig, sein Vertreter aber nicht, wird ihm dessen Bösgläubigkeit nach § 166 I BGB zugerechnet, sodass ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet.<sup>689</sup>

646

**Beispiel:** Diesmal ist G an dem antiken Maschinentelegrafen des D interessiert, den dieser zum Verkauf im Internet angeboten hat. Was G jedoch nicht weiß ist, dass D das Stück lediglich von A geliehen hatte. G beauftragt seinen Freund V, für ihn den Maschinentelegrafen zu kaufen. Dieser erfährt von D jedoch die wahre Sachlage. Dennoch kauft er den Telegraphen im Namen des G. A verlangt von G Herausgabe des Telegraphen.

Anspruchsgrundlage des A ist § 985 BGB. Da A den Maschinentelegrafen lediglich an D verliehen hatte, liegt kein „Abhandenkommen“ i.S.d. § 935 I BGB vor. Insofern ist A also zunächst Eigentümer geblieben. Sein Eigentum könnte er aber gem. § 932 I BGB an G verloren haben. G war gutgläubig i.S. dieser Vorschrift. Allerdings wusste sein Vertreter V um die wahren Umstände. Wegen § 166 I BGB wird dieses Wissen dem G zugerechnet mit der Folge, dass sich G so behandeln lassen muss, als sei er selbst bösgläubig i.S.d. § 932 II BGB gewesen.

G konnte daher nicht gutgläubig Eigentum erwerben. A ist Eigentümer geblieben und kann den Maschinentelegrafen gem. § 985 BGB herausverlangen.

Schließlich bewirkt § 166 I BGB, dass der Geschäftsherr die ihm zugerechnete Willenserklärung nicht anfechten kann, wenn nur *er* sich, nicht aber sein Vertreter irrte.

647

**Beispiel**<sup>690</sup>: Hotelier H will bei D 500 Gros Toilettenpapier kaufen und glaubt, Gros sei eine Größenbezeichnung für „groß“. H schickt seinen Vertreter V, der weiß, dass Gros = ein Dutzend mal ein Dutzend, also 144, bedeutet, zu D. V bestellt trotzdem im Namen des H 500 Gros Toilettenpapier. H will den Kaufvertrag über 72.000 Rollen Toilettenpapier nach § 119 I Var. 1 BGB anfechten.

Hier kann H das Rechtsgeschäft *nicht* anfechten, da V, dessen Wissen allein maßgeblich ist (§ 166 I BGB), keinem Irrtum unterlag. Der Kaufvertrag ist wirksam zustande gekommen.

**Fazit:** Über **§ 164 I BGB** werden **Willenserklärungen** zugerechnet; über **§ 166 I BGB** hingegen erfolgt eine **Wissenszurechnung**. So wird dem Vertretenen z.B. Arglist (etwa gem. § 444 BGB) seines Vertreters zugerechnet. Der Vertretene kann sich also nicht auf eigene Redlichkeit berufen, wenn sein Vertreter unredlich war. Mit dieser Wertung trägt das Gesetz dem Verlangen des Verkehrsschutzes Rechnung, dass derjenige, der sich eines Helfers bedient, auch die Verantwortung für dessen Fehlverhalten übernehmen muss.

648

<sup>689</sup> Vgl. auch *Schilken*, in: Staudinger, § 164 Rn 21.

<sup>690</sup> Vgl. LG Hanau NJW 1979, 721.

Letztlich geht es um eine Risikoordnung, die das Gesetz zu Lasten des Geschäftsherrn vornimmt.

Daher wird der dem § 166 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke für eine Wissenszurechnung auch dann herangezogen, wenn die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Vertretung nicht vorliegen, z.B. im Rahmen des § 990 BGB beim Besitzerwerb durch einen bösgläubigen Besitzdiener (zur Definition des Besitzdieners vgl. § 855 BGB) oder bei § 819 I BGB. Auch scheitert ein Eigentumserwerb nach §§ 929, 932 BGB an der Bösgläubigkeit des Vertreters (Zurechnung über § 166 I BGB, s.o.).

- 649 Da die Regelung des § 166 I BGB die Gefahr des Missbrauchs des Instituts der Stellvertretung in sich birgt, bestimmt **§ 166 II BGB**, dass sich der Geschäftsherr bezüglich solcher Umstände, die er selbst kannte oder die er kennen musste, dann nicht auf die Unkenntnis seines Vertreters berufen kann, wenn dieser nach bestimmten Weisungen gehandelt hat.

**Beispiel:** D hat sich von E die Xbox geliehen. Da er knapp bei Kasse ist, will er diese verkaufen. G ist an dem Teil interessiert, weiß aber, dass es dem E gehört. Aus diesem Grund beauftragt er den ahnungslosen V, die Xbox für ihn von D zu kaufen. So geschieht es. Als E die Xbox bei G sieht, verlangt er sie heraus. Mit Recht?

Anspruchsgrundlage ist § 985 BGB. Ursprünglich war E Eigentümer. Sein Eigentum könnte er aber an G verloren haben. Einem Eigentumsverlust steht zwar nicht die Regelung des § 935 I BGB entgegen, da die Xbox nicht „abhandengekommen“ ist, allerdings könnte er das Eigentum wegen § 932 I BGB verloren haben. Zwar konnte D dem G nicht das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB übereignen, weil er nicht Eigentümer war, möglicherweise hat G aber Eigentum aufgrund der Regelung des § 932 BGB erworben. Zieht man § 166 I BGB heran, wonach es auf die Kenntnis des Stellvertreters ankommt, könnte er in der Tat gutgläubig Eigentum erworben haben. Um aber Missbrauchsfälle der vorliegenden Art auszuschalten, hat der Gesetzgeber in § 166 II BGB bestimmt, dass sich der Geschäftsherr in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen musste, dann nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann, wenn der Vertreter nach seinen Weisungen handelte. Dies ist vorliegend der Fall. G war bösgläubig und ließ den redlichen V die Xbox für sich kaufen. § 166 II BGB verhindert, dass sich G auf die Unkenntnis des V berufen kann. G ist also nicht Eigentümer der Xbox geworden.

Der Herausgabeanspruch des E aus § 985 BGB ist begründet.

### bb. Willensmängel bei der Botenschaft

- 650 Von der Wissenszurechnung bei der Stellvertretung unterscheidet sich die Wissenszurechnung bei der Botenschaft grundlegend. Denn dadurch, dass der Bote keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern nur die seines Geschäftsherrn übermittelt, kommt es folgerichtig bei der Übermittlung einer Willenserklärung durch einen **Boten** hinsichtlich etwaiger Willensmängel grundsätzlich auf die Person des *Geschäftsherrn* an.

**Beispiel:** Gastronom G will bei D ein Gros Tischgestecke kaufen und glaubt, Gros sei eine Größenbezeichnung. G schickt seinen Boten B, der weiß, dass Gros 144 bedeutet, zu D. B bestellt im Auftrag des G ein Gros Tischgestecke. G will den Kaufvertrag über 144 Tischgestecke nach § 119 I Var. 1 BGB anfechten.

Anders als im entsprechenden Beispiel zur Stellvertretung (Rn 647) fungierte die Mittelsperson hier nur als Bote des G und überbrachte dem D die Willenserklärung des G. Für etwaige Willensmängel kommt es daher nur auf G und nicht auf B an. G kann seine Willenserklärung daher nach § 119 I Var. 1 BGB anfechten, sodass der Kaufvertrag gemäß § 142 I BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

Ausnahmsweise ist aber dann auf die Kenntnis des Boten abzustellen, wenn der Willensmangel bei *diesem* vorgelegen hat. So wird bei einem Übermittlungsfehler dem Geschäftsherrn die durch den Boten falsch übermittelte Willenserklärung zugerechnet, wenn der Übermittlungsfehler des Boten **unbewusst** geschah. Dem Geschäftsherrn steht dann das Anfechtungsrecht nach § 120 BGB (mit der Folge des § 122 BGB) zu.

651

§ 120 BGB ist jedoch **nicht** anwendbar, wenn der Bote die Willenserklärung **bewusst** falsch übermittelt (sog. Pseudobote). Denn in diesem Fall wäre es unbillig, dem Erklärenden die bewusst falsche Übermittlung zwingend zuzurechnen. Zwar ist es richtig, dass der Erklärende auch in diesem Fall die bewusst falsche Übermittlung kausal verursacht hat, jedoch hat er damit dem Boten lediglich einen Anlass zur bewusst falschen Übermittlung gegeben, der unter Zurechnungsgesichtspunkten irrelevant erscheint: Die „Übermittlung“ einer eigenen Willenserklärung des Boten ist gerade keine Folge der Arbeitsteilung mehr, die der Hinzuziehung eines Boten zugrunde liegt, sondern unterscheidet sich im Grunde genommen durch nichts von dem Fall, dass der „Bote“ ohne jeden Auftrag des Erklärenden eine angebliche Erklärung desselben überbringt. Der Zurechnung einer solchen Erklärung steht dann entgegen, dass sie in keiner Hinsicht mehr auf dem Willen des Erklärenden, sondern vielmehr allein auf dem selbstständigen Entschluss des Boten beruht. Es ginge zu weit, den Erklärenden auch für eigene Willensentschlüsse seines Boten haften zu lassen, denn mit der bewusst falschen Übermittlung verwirklicht sich aus der Sicht des Erklärungsempfängers nicht das vom Erklärenden geschaffene Risiko einer Falschübermittlung, sondern ein allgemeines Lebensrisiko. Kann somit die vom Boten bewusst falsch übermittelte Willenserklärung dem Erklärenden nicht als eigene Willenserklärung zugerechnet werden kann, stellt sich auch die Frage einer Anfechtung dieser Erklärung nach § 120 BGB nicht. Ganz überwiegend werden stattdessen die Regeln über den Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177-180 BGB) angewendet.<sup>691</sup> Das bedeutet, dass die von dem Boten abgegebene Erklärung als Erklärung des Erklärenden bis zur Genehmigung durch den Erklärenden analog § 177 I BGB unwirksam ist (sog. schwebende Unwirksamkeit) und dass der Bote dem Erklärungsempfänger bei Verweigerung der Genehmigung analog § 179 BGB nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz haftet. Denkbar sind auch Ansprüche des Erklärungsempfängers gegen den „Erklärenden“ aus *culpa in contrahendo* (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) auf Ersatz des Vertrauensschadens. Vgl. dazu die Ausführungen zur bewusst falschen Übermittlung i.S.d. § 120 BGB bei Rn 1341 f.

651a

## b. Form

Die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Bote ist aber auch von Bedeutung, wenn die Erklärung **formbedürftig** ist. Da der **Stellvertreter** eine *eigene* Willenserklärung abgibt, muss bei der Stellvertretung die **Willenserklärung des Vertreters** der bestimmten Form genügen. Die Vollmachtserteilung im Innenverhältnis ist (bis auf einige Ausnahmen) grundsätzlich **formfrei** (vgl. § 167 II BGB). Dagegen muss bei der **Botenschaft** – da der Bote keine eigene Willenserklärung abgibt – die übermittelte **Willenserklärung des Geschäftsherrn** stets die vorgeschriebene Form erfüllen. Aber auch bei der Stellvertretung fordert der BGH hinsichtlich der Bevollmächtigung die Form des Rechtsgeschäfts, derentwegen die Vollmacht erteilt wird, wenn anderenfalls der Zweck der vorgeschriebenen Form unterlaufen würde.

652

**Beispiel:** Zur Sicherung eines Darlehens erklärt sich B bereit, für D eine Bürgschaft abzugeben. Da er jedoch etwas im Stress ist, schickt er V vorbei, um die Angelegenheit zu regeln. So geschieht es. V gibt eine schriftliche Erklärung im Namen des B ab.

653

<sup>691</sup> Vgl. nur *Schilken*, in: Staudinger, § 177 Rn 22.

Gemäß § 766 S. 1 BGB bedarf die durch den Bürgen abgegebene Bürgschaftserklärung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. B hat keine schriftliche Bürgschaftserklärung abgegeben. Eine solche hat allerdings V abgegeben. Dies könnte genügen, da gem. § 167 II BGB die Vollmachtserteilung nicht der Form bedarf, die für die Wirksamkeit des formbedürftigen Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis erforderlich ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht der BGH aber dann, wenn der Schutzzweck der Formbedürftigkeit unterlaufen würde. Das ist jedenfalls bei **Grundstückskaufverträgen** gem. § 311b I BGB der Fall. Würde man hier eine mündliche (oder schriftliche) Beauftragung des Stellvertreters genügen lassen, würden der Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung (vorsorgliche Rechtspflege; Aufklärung; Schutz vor Übereilung) in Frage gestellt.<sup>692</sup> Freilich verstößt diese Auffassung gegen den eindeutigen Wortlaut des § 167 II BGB, ist aber aus teleologischen Gründen gerechtfertigt.<sup>693</sup>

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH ist zumindest in der Praxis die Vollmachtserteilung zu einem **Grundstückskaufvertrag** in derselben Weise formbedürftig (notarielle Beurkundung) wie der Grundstückskaufvertrag selbst.

In diesem Sinne hat der BGH auch entgegen § 167 II BGB hinsichtlich der **Bürgschaftserklärung** entschieden.<sup>694</sup> Dies ist in der Sache sicherlich richtig, allerdings ist auch der BGH nicht befugt, sich über bestehende gesetzliche Regelungen hinwegzusetzen. Letztlich führt die Auffassung des BGH dazu, dass dem § 167 II BGB praktisch kein Anwendungsbereich verbleibt.

Folgt man dennoch der Auffassung des BGH, ist die Bürgschaftserklärung des V im Namen des B nicht wirksam erfolgt, gerade weil B den V nur mündlich beauftragt hat.

Fraglich ist, ob etwas anderes gegolten hätte, wenn V zunächst ohne Vollmacht die Bürgschaftserklärung im Namen des B abgegeben hätte, dann aber die Bürgschaft von B mündlich (etwa telefonisch) genehmigt (vgl. §§ 182 ff. BGB) worden wäre. Nach dem Wortlaut des § 182 II BGB (auch die Genehmigung ist eine Zustimmung, wie sich aus § 184 I BGB ergibt) ist die Zustimmung zu einem formbedürftigen Geschäft nicht formbedürftig, sodass vorliegend auch eine telefonische Genehmigung durch B genügen würde. Auch der BGH entscheidet in diesem Sinne<sup>695</sup> und kommt daher zu folgendem Ergebnis:

- ⇒ Die Erteilung einer Vollmacht zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft ist entgegen § 167 II BGB ebenfalls formbedürftig.
- ⇒ Dagegen ist die Genehmigung eines formgebundenen Rechtsgeschäfts in Übereinstimmung zu § 182 II BGB formlos möglich.

Wäre V ein *Bote* des B gewesen, hätte er dem D schon von Gesetzes wegen eine notariell beurkundete Willenserklärung des B überbringen müssen.

- 654** Ähnliches gilt bei der **Auflassung** (Einigung des Veräußerers und Erwerbers) gem. § 925 I S. 1 BGB, die bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle (zumeist dem Notar) erfolgen muss. Da § 925 BGB keine persönliche Anwesenheit verlangt, können sich die Vertragsparteien auch vertreten lassen. Dagegen genügt die Anwesenheit eines Boten nicht, da dieser keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern nur die des Geschäftsherrn übermittelt. Daher fehlt es bei der Anwesenheit nur eines Boten an der Anwesenheit des Geschäftsherrn i.S.d. § 925 I S. 1 BGB.

### c. Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung

- 655** Da sich auch auf Empfängerseite der Geschäftsherr sowohl eines Empfangsvertreters (vgl. § 164 III BGB) als auch eines Empfangsboten bedienen kann, ist die Abgrenzung Bote/Stellvertreter auch bei der Frage nach dem Zugang von Willenserklärungen von

<sup>692</sup> So BGHZ 125, 218, 219. Vgl. auch *Schilken*, in: Staudinger, § 167 Rn 25.

<sup>693</sup> So nun auch *Weber/Gräf*, JA 2014, 417, 418 f. (Fallbearbeitung).

<sup>694</sup> BGH NJW 1996, 1467, 1469.

<sup>695</sup> Vgl. BGHZ 125, 218, 219; a.A. *Einsele*, DNotZ 1996, 835; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 976.

Bedeutung. Wird die zu übermittelnde Willenserklärung gegenüber einem **Empfangsvertreter** abgegeben, so geht sie dem Vertretenen in dem Augenblick zu, in dem sie dem Vertreter zugeht (vgl. § 164 III i.V.m. I BGB). Die Voraussetzungen des Zugangs müssen nur in der Person des Vertreters vorliegen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Willenserklärung den Vertretenen tatsächlich erreicht.

Nimmt dagegen ein **Bote** die Willenserklärung für den Geschäftsherrn in Empfang, gelangt sie zwar in dessen räumlichen Herrschaftsbereich, der Zugang beim Geschäftsherrn erfolgt jedoch erst dann, wenn regelmäßig mit der Weiterleitung der Erklärung an den Geschäftsherrn zu rechnen war (vgl. Rn 361 und 641).

656

### 3. Weisungswidriges Auftreten des Boten bzw. Bevollmächtigten

I.d.R. liegt der Botenschaft bzw. der Vollmacht ein Rechtsverhältnis („Grundverhältnis“) zugrunde. Das kann insbesondere ein Auftrag, eine Geschäftsbesorgung oder ein Arbeitsvertrag sein. Fehler bzw. Beschränkungen im Grundverhältnis üben grds. keinen Einfluss auf die Vertretungsmacht aus. Das folgt aus dem stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzip, wonach Fehler beim Grundverhältnis und bei der Vollmacht grds. unabhängig voneinander zu bewerten sind (dazu Rn 717 f.). Pflichtverletzungen im zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bestehenden Grundverhältnis üben grds. keinen Einfluss auf die Vertretungsmacht aus und sind im Außenverhältnis mithin grds. unbeachtlich. Es zählt allein die wirksame Bevollmächtigung. Anders ist die Rechtslage, wenn der Bevollmächtigte die ihm zugewiesene Vertretungsmacht überschreitet. Dann wirkt – wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 164 I BGB ergibt – das Rechtsgeschäft grds. nicht für und gegen den Vertretenen (dazu Rn 727 f.). Im vorliegenden Zusammenhang geht es indes um die Frage, wie es sich auswirkt, wenn die Mittelsperson abweichend von der ihr im Innenverhältnis zugewiesenen Funktion statt als Vertreter als Bote auftritt oder umgekehrt. Es ist zu unterscheiden:

657

#### a. Handeln innerhalb der Vertretungs- bzw. Botenmacht

Weicht die Mittelsperson von der ihr vom Geschäftsherrn zugedachten Funktion als Bote bzw. Vertreter ab und bewegt sich dabei innerhalb der ihr zugewiesenen Vertretungs- bzw. Botenmacht, dann findet eine Zurechnung an den Geschäftsherrn statt.

658

- **Bote geriert sich als Vertreter:** Tritt der Bote nach außen hin als Vertreter auf (sei es bewusst oder unbewusst), handelt dabei jedoch im Rahmen seiner Botenmacht (d.h. wird bezüglich des Inhalts des Rechtsgeschäfts weisungsgemäß tätig), ist die kundgetane Willenserklärung dennoch als Willenserklärung des Geschäftsherrn anzusehen. Einer Genehmigung gemäß § 177 BGB bedarf es hier nicht.<sup>696</sup>
- **Vertreter geriert sich als Bote:** Tritt hingegen der Vertreter nach außen hin als Bote auf (sei es bewusst oder unbewusst), handelt dabei jedoch im Rahmen seiner Vertretungsmacht (d.h. wird bezüglich des Inhalts des Rechtsgeschäfts i.S. des Geschäftsherrn tätig), wird die getätigte Erklärung dem Geschäftsherrn **zugerechnet**, wenn sie auch durch die Vertretungsmacht gedeckt wäre. Zwar haben hier eigentlich weder die Mittelsperson noch der Geschäftsherr eine Willenserklärung abgegeben<sup>697</sup>, wenn die geäußerte „Willenserklärung“ der Mittelsperson aber letztlich das vom Geschäftsherrn gewünschte Rechtsgeschäft zustande bringt, wird es diesem auch einerlei sein, wie der Vertreter das Geschäft zustande gebracht hat.

659

660

<sup>696</sup> Giesen/Hegermann, Jura 1991, 357, 359; Medicus/Petersen, BR, Rn 78.

<sup>697</sup> Der Geschäftsherr hat keine Willenserklärung abgegeben, weil er dies dem Vertreter überlassen wollte, die Mittelsperson hat keine eigene Erklärung abgegeben, da sie eine vermeintliche Erklärung des Geschäftsherrn übermittelt hat (Giesen/Hegermann, Jura 1991, 357, 359; Medicus/Petersen, BR, Rn 79).

## b. Handeln außerhalb der Vertretungs- bzw. Botenmacht

661 Weicht die Mittelsperson von der ihr vom Geschäftsherrn zugedachten Funktion als Bote bzw. Vertreter ab und bewegt sich dabei außerhalb der ihr zugewiesenen Vertretungs- bzw. Botenmacht, dann findet grundsätzlich **keine** Zurechnung statt.

662 ■ **Bote geriert sich als Vertreter:** Tritt der Bote nach außen als Vertreter auf (sei es bewusst oder unbewusst), handelt dabei jedoch (bewusst oder unbewusst) außerhalb seiner Botenmacht, besteht dieselbe Situation wie bei einem Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der Bote haftet nach h.M. gem. §§ 177 ff. BGB analog<sup>698</sup> bzw. direkt<sup>699</sup>. Vgl. dazu ausführlich Rn 879 ff.

**Beispiel:** G ist an dem Motorrad des D interessiert, das dieser zum Kauf anbietet. Hierzu schickt er seinen Boten B zu D, um von diesem ein Angebot i.H.v. 2.000 € übermitteln zu lassen. Als B bei D das Motorrad sieht, ist er der Auffassung, dass dieses jedoch 3.000 € wert sei. Weil er ein fairer Mensch ist, erklärt er gegenüber D, dass er das Motorrad im Namen des G für 3.000 € kauft. D erklärt sich sofort damit einverstanden.

Hier hat B weisungswidrig nicht die Willenserklärung des G übermittelt, sondern eine eigene abgegeben. Damit hat er nicht nur seine Botenmacht überschritten, sondern ist gegenüber D auch als Vertreter des G aufgetreten. Damit gelten nicht die Grundsätze über den Boten ohne Botenmacht (= analoge Anwendung der §§ 177 ff. BGB), sondern die §§ 177 ff. BGB direkt. Folge ist, dass G nicht gebunden ist, aber die Möglichkeit hat, das (schwebend unwirksame) Geschäft zu genehmigen (§ 177 I BGB). Genehmigt er nicht, wird das Vertretergeschäft endgültig unwirksam. B haftet dann dem D gem. § 179 BGB (direkt oder analog) auf Erfüllung oder Schadensersatz.

663 ■ **Vertreter geriert sich als Bote:** Tritt der *Vertreter* im Außenverhältnis als *Bote* auf und weicht er dabei **bewusst** von der ihm eingeräumten Vertretungsmacht ab bzw. fehlt eine Beauftragung der als Bote handelnden Person ganz (sog. Pseudobote), wendet die h.M.<sup>700</sup> die §§ 177 ff. BGB analog an.

**Beispiel:** G ist an dem Motorrad des D interessiert, das dieser zum Kauf anbietet. Hierzu schickt der seinen Stellvertreter V zu D, um durch ihn das Geschäft abwickeln zu lassen. Dabei gibt er dem V lediglich die Vorgabe, dass dieser maximal 2.000 € bieten solle. Als V bei D das Motorrad sieht, ist er der Auffassung, dass dieses jedoch 3.000 € wert sei. Weil er ein fairer Mensch ist, erklärt er gegenüber D, dass er diesem von G ausrichten solle, G wolle das Motorrad für 3.000 € kaufen. D erklärt sich sofort damit einverstanden.

Hier hat V weisungswidrig nicht eine eigene Willenserklärung abgegeben, sondern eine nicht vorhandene des G übermittelt. Damit ist er nach außen hin als Bote des G aufgetreten und hat auch seine Vertretungsmacht überschritten. Daher gelten nicht die Regeln über die Stellvertretung, sondern die Grundsätze über den Boten ohne Botenmacht (dazu Rn 662). Da aber auch hier die Vorschriften der §§ 177 ff. BGB analog herangezogen werden, ergibt sich nicht wirklich ein ergebnisrelevanter Unterschied. G hat auch hier die Möglichkeit, das schwebend unwirksame Geschäft zu genehmigen (§ 177 I BGB analog). Genehmigt er nicht, wird das Vertretergeschäft endgültig unwirksam. V haftet dann dem D gem. § 179 BGB analog auf Erfüllung oder Schadensersatz

664 Handelt ein *Vertreter* im Außenverhältnis als *Bote*, weicht allerdings **unbewusst** von der ihm eingeräumten Vertretungsmacht ab, wirkt die Übermittlung zunächst, kann aber durch Anfechtung vernichtet werden.<sup>701</sup> Da die Vorschrift des § 120 BGB jedoch nicht auf die vorliegende Konstellation zugeschnitten ist, ist sie analog anzuwenden. Der Vertretene kann also anfechten, ist aber dem Anspruch aus § 122 I BGB (analog) ausgesetzt.

<sup>698</sup> Stadler, AT, § 30 Rn 2 ff.; Ellenberger, in: Grüneberg, Einf v § 164 Rn 11.

<sup>699</sup> Giesen/Hegemann, Jura 1991, 357, 359; Medicus/Petersen, BR, Rn 78.

<sup>700</sup> Statt vieler Ellenberger, in: Grüneberg, § 177 Rn 2; Neuner, AT, § 41 Rn 40; a.A. Medicus/Petersen, BR, Rn 80.

<sup>701</sup> Neuner, AT, § 41 Rn 40; a.A. Medicus/Petersen, BR, Rn 80.

**Beispiel:** G ist an dem Motorrad des D interessiert, das dieser zum Kauf anbietet. Hierzu schickt der seinen Stellvertreter V zu D, um durch ihn das Geschäft abwickeln zu lassen. Dabei gibt er dem V lediglich die Vorgabe, dass dieser maximal 2.000 € bieten solle. V missversteht G jedoch. Er glaubt, G habe 2.000 € lediglich als Verhandlungsbasis genannt. Als V bei D das Motorrad sieht, ist er der Auffassung, dass dieses 3.000 € wert sei. Weil er ein fairer Mensch ist, erklärt er daher gegenüber D, dass er diesem von G ausrichten solle, G wolle das Motorrad für 3.000 € kaufen. D erklärt sich sofort damit einverstanden.

Tritt ein *Vertreter* im Außenverhältnis als *Bote* auf und weicht unbewusst von der ihm eingeräumten Vertretungsmacht ab, wendet die h.M. § 120 BGB analog an. G ist daher zunächst an das Rechtsgeschäft gebunden, kann dies aber gem. § 120 BGB analog anfechten. Er ist dann aber dem D ggf. nach § 122 I BGB analog verpflichtet.

## II. Handeln im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip)

### 1. Grundsatz: Offenkundiges Handeln im fremden Namen

§ 164 I BGB verlangt für eine wirksame Stellvertretung nicht nur Vertretungsmacht, sondern auch, dass der Vertreter seine Willenserklärung **erkennbar im Namen des Vertretenen** abgibt. Dieses sog. Offenkundigkeitsprinzip dient in erster Linie dem Schutz des Erklärungsempfängers, der i.d.R. ein Interesse daran hat, zu erfahren, mit wem er kontrahiert.<sup>702</sup> Insbesondere geht es um die Vertrauenswürdigkeit und Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners, da sich der Erklärungsempfänger ein genaues Bild über das Risiko der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche auf Zahlung, Gewährleistung etc. machen können soll. Daneben bezweckt das Offenkundigkeitsprinzip durch seine Klarstellungsfunktion bezüglich der Rechtsverhältnisse aber auch den Schutz des Rechtsverkehrs im Allgemeinen.<sup>703</sup>

665

Gemäß **§ 164 I S. 2 Var. 1 BGB** kann der Vertreter **ausdrücklich** im Namen des Vertretenen handeln.

666

**Beispiel:** V sagt zu D: „Ich kaufe das Fahrrad im Namen des G.“

Das Gesetz lässt es gem. **§ 164 I S. 2 Var. 2 BGB** aber auch genügen, wenn sich **aus den Umständen** ergibt, dass die Abgabe der Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Für diese Abgrenzung zwischen Vertreter- und Eigengeschäft gelten die allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB). Danach ist entscheidend, wie der Erklärungsempfänger das Verhalten des Handelnden unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des Einzelfalls verstehen durfte. Zu berücksichtigen sind dabei alle Umstände, insbesondere früheres Verhalten, Zeit und Ort der Erklärung, die berufliche Stellung der Beteiligten, die Art ihrer Werbung und die erkennbare Interessenlage.<sup>704</sup>

667

**Beispiele**<sup>705</sup>: Ein **Architekt** handelt bei der Beauftragung von Bauunternehmern, Handwerkern und Statikern i.d.R. im Namen des Bauherrn. Der **Bauträger** und **Baubetreuer** handelt dagegen im Zweifel im eigenen Namen. Schließt dieser ausdrücklich im Namen des Bauherrn ab, wird dieser auch dann verpflichtet, wenn er an den Bauträger einen Festpreis gezahlt hat. Auch der **Hausverwalter** handelt beim Abschluss von Mietverträgen im Zweifel für den Eigentümer, auch wenn er dessen Namen nicht nennt. Dagegen kann beim Abschluss eines Werkvertrags auch ein Eigengeschäft vorliegen. Werden im Text eines Mietvertrags beide **Ehegatten als Mieter** aufgeführt, sind im Zweifel beide auch dann als Mieter anzusehen, wenn der Mietvertrag nur von einem Ehegatten unterzeichnet wird (der andere aber selbstverständlich diesen Umstand kannte). Verträge mit **zusammenarbeitenden Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Ärzten** kommen im

668

<sup>702</sup> BGH NJW 1998, 1719.

<sup>703</sup> Schubert, in: MüKo, § 164 Rn 24.

<sup>704</sup> St. Rspr. seit BGHZ 36, 30, 33; vgl. auch Ellenberger, Grüneberg, § 164 Rn 4; Schilken, in: Staudinger, § 164 Rn 1.

<sup>705</sup> Vgl. Ellenberger, in: Grüneberg, § 164 Rn 5 ff. mit den jeweiligen Nachweisen.

Zweifel mit allen Partnern zustande, auch wenn sie keine Sozietät (aber eine GbR) bilden. Der Vertrag erstreckt sich im Zweifel auch auf später eintretende Partner. Der **Reiseveranstalter**, der wie ein Vertragspartner auftritt, kann nicht unter Hinweis auf seine AGB geltend machen, dass er nur Vermittler sei (§ 651b I S. 2 BGB). Der **Sammelbesteller** will sich im Zweifel nicht selbst verpflichten, sondern ist nur Vertreter oder Bote.

## 2. Unternehmensbezogene Geschäfte

- 669 Bei **unternehmensbezogenen Geschäften** geht in Auslegung des § 164 I S. 2 Var. 2 BGB im Zweifel der Wille der Beteiligten dahin, dass nicht der Handelnde, sondern der Betriebsinhaber gebunden sein soll.<sup>706</sup> Denn im unternehmerischen Rechtsverkehr ist den Parteien i.d.R. klar, dass nicht der Handelnde, sondern der Geschäftsinhaber bzw. bei juristischen Personen diese Vertragspartei sein soll. Das gilt auch für einen Freiberufler, der im Rechtskreis eines Unternehmers handelt. Will der Handelnde ausnahmsweise selbst Vertragspartner werden, so muss er ausdrücklich darauf hinweisen.

**Beispiel:** E bringt seinen Wagen in die Reparaturwerkstatt des B. Dort angekommen, wird er vom Angestellten A empfangen, der auch das Auftragsformular ausfüllt und einen Hinweis auf die ungefähren Kosten gibt. E unterschreibt sodann den Reparaturauftrag.

Hier ergibt sich aus den (unternehmensbezogenen) Umständen, dass nicht A Vertragspartner des E sein soll, sondern der Inhaber der Werkstatt (Betriebsinhaber). A handelt als Vertreter. Da dies auch E klar ist, bedarf es einer ausdrücklichen Offenkundigkeit beim Beratungsgespräch bzw. bei der Auftragsannahme nicht.

670

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Von der für die Offenkundigkeit der Stellvertretung maßgeblichen indiziellen Bedeutung der Unternehmensbezogenheit ist die im Rahmen der Frage nach der Vertretungsmacht wesentliche Vorschrift des **§ 56 HGB** strikt zu trennen. Während die Unternehmensbezogenheit die Frage betrifft, ob ein fremdes Geschäft oder ein Eigengeschäft des Handelnden vorliegt, fingiert § 56 HGB eine Vertretungsmacht des/der Ladenangestellten. Vgl. dazu Rn 775, 824.

## 3. Offenes Geschäft für den, den es angeht

- 671 Der Offenkundigkeitsgrundsatz besagt, dass der Vertreter offenlegen muss, dass er das Geschäft für einen anderen und nicht als eigenes führen möchte. Hingegen ist fraglich, ob das Offenkundigkeitsprinzip verlangt, dass der Vertreter den Vertretenen bei Vertragsschluss genau bezeichnen muss. Es sind zwei Konstellationen denkbar:
- 672 ■ **Vertreter bleibt gegenüber dem Geschäftspartner (zunächst) unbenannt:** In der ersten Konstellation ist dem Vertreter der Vertretene zwar bekannt, dieser möchte jedoch (noch) nicht namentlich benannt werden oder der Vertreter will diesen (noch) nicht namentlich benennen.

**Beispiel:** Der millionenschwere M ist leidenschaftlicher Sammler von antiken Kunstgegenständen. Da er sich der Öffentlichkeit jedoch nicht gerne präsentieren möchte, beauftragt er seit einiger Zeit den V, für ihn entsprechende Exponate zu kaufen. Dabei soll V seinen „Auftraggeber“ nicht namentlich benennen. Als eines Tages eine berühmte russische Ikone zum Kauf angeboten wird, tritt V an den Verkäufer D heran und erklärt diesem, er wolle das Stück für einen anderen erwerben, der momentan noch unerkannt bleiben wolle. D ist mit diesem Geschäft einverstanden und schließt mit V einen entsprechenden Kaufvertrag.

Die Privatautonomie lässt es den Parteien unbenommen zu vereinbaren, dass sie wesentliche Punkte des intendierten Vertrags erst später bestimmen. Auch ist in diesen Fällen der Geschäftspartner nicht schutzwürdig, da er nicht gezwungen ist, sich auf ein solches

<sup>706</sup> BGHZ 62, 216, 220; BGH NJW 1995, 43, 44; NJW 1998, 2897; NJW 2000, 2984; NJW 2008, 1214; NJW 2012, 3368; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 2; *Schilken*, in: Staudinger, § 164 Rn 1; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 917.

Geschäft einzulassen. Daher wird der Vertrag bereits mit dem Vertragsschluss durch den Vertreter wirksam, auch wenn der Geschäftspartner (vorerst) nicht weiß, wer sein Vertragspartner ist. Soweit der Vertrag problemlos abgewickelt wird, muss die Identität des Vertretenen selbst später nicht offengelegt werden. Es liegt eine **zulässige Stellvertretung unter Offenhaltung der Person des Vertretenen** vor.<sup>707</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Geschäftspartner jedoch ein berechtigtes Interesse an der Offenlegung haben - etwa wenn er sich im obigen Beispiel darauf eingelassen hat, die Ikone nur gegen eine Anzahlung zu übereignen und der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt wird. Nennt der Vertreter trotz Aufforderung des Geschäftspartners, der seinen Zahlungsanspruch gegen den „Hintermann“ geltend machen möchte, den Namen des Vertretenen nicht, haftet er selbst nach § 179 BGB analog.<sup>708</sup>

- **Vertreter ist (auch gegenüber dem Vertreter) zunächst noch unbekannt:** Denkbar ist auch, dass der Vertreter zwar zu erkennen gibt, dass er nicht im eigenen Namen kontrahieren will, gleichzeitig aber auch deutlich macht, dass der von ihm Vertretene, mit dem der Geschäftspartner kontrahieren soll, auch dem Vertreter noch **unbekannt** ist. Er (der Vertreter) werde jedoch eine Vertragspartei finden, die den Geschäftsabschluss durch Genehmigung für und gegen sich gelten lassen werde. Nach h.M.<sup>709</sup> ist auch diese Konstellation zulässig, sofern der Vertreter sich verpflichtet, einen Vertragspartner zu bestimmen, der das Geschäft genehmigt. Findet der Vertreter einen Vertretenen, wird das Geschäft mit der Bestimmung des Vertretenen gültig. Kommt der Vertreter seiner Pflicht zur Bestimmung nicht nach, gilt ebenfalls § 179 BGB analog.<sup>710</sup>

**Beispiel:** Diesmal möchte V von D eine Statue kaufen. Dabei macht er deutlich, dass er sie nicht für sich kaufen will, sondern für einen von ihm noch zu benennenden Geschäftsherrn. D ist einverstanden. Übereignung und Übergabe sollen in zwei Wochen stattfinden. Schon nach einer Woche findet V den Interessenten G, der die Statue haben möchte. V teilt dies dem D mit und bittet ihn, die Statue an G zu übereignen.

Auch hier ist das Geschäft gültig, und zwar ab Genehmigung des G.

673

#### 4. Unanfechtbares Eigengeschäft des Vertreters

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (§ 164 II BGB). Folge dieser Regelung ist zweierlei: Zunächst ordnet sie an, dass der Vertreter selbst aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet (also Vertragspartner des Geschäftsgegners) wird, auch wenn er (innerlich) für den Geschäftsherrn handeln will. Es liegt ein **Eigengeschäft des Vertreters** vor. Aus Gründen des Verkehrsschutzes versagt § 164 II BGB zudem dem Vertreter, seine Willenserklärung mit der Begründung anzufechten, er habe die Erklärung nicht für sich selbst, sondern für einen anderen abgeben wollen. **Der „Vertreter“ ist Vertragspartner.**

674

**Beispiel:** V wird von G bevollmächtigt, in dessen Namen einen nautischen Kompass zu kaufen. Im Geschäft des D kauft er einen Kompass, versäumt es aber, dabei die Stellvertretung offenzulegen. D geht davon aus, mit V zu kontrahieren.

Hier ist wegen § 164 II BGB ein Kaufvertrag zwischen D und V zustande gekommen. V (nicht G) ist also Vertragspartner des D. V kann auch nicht (gem. § 119 I Var. 2 BGB) seine Vertragserklärung mit der Begründung anfechten, er habe gar nicht für sich handeln wollen. § 164 II BGB versagt diese Möglichkeit zugunsten des Verkehrsschutzes.

<sup>707</sup> BGH JZ 1959, 441, 442; *Leptien*, in: Soergel, vor § 164 Rn 26; *Stadler*, AT, § 30 Rn 8.

<sup>708</sup> BGHZ 129, 136, 149 f.; *Stadler*, AT, § 30 Rn 8.

<sup>709</sup> Vgl. nur BGH NJW 1998, 62, 63; 1989, 164, 166; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 916.

<sup>710</sup> BGHZ 129, 136, 149; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 177 Rn 2.

Freilich schließt dies nicht aus, dass der „Vertreter“ das Geschäft mit dem Dritten aus Gründen anfechten kann, die mit dem Fehler bei der Stellvertretung nichts zu tun haben (vgl. dazu Rn 1287a).

## 5. Vertreter handelt äußerlich im fremden Namen, innerlich jedoch für sich

675 Fraglich ist, ob § 164 II BGB (und die damit verbundene Versagung der Anfechtungsmöglichkeit) auch für den **umgekehrten Fall** gilt, nämlich, dass der Vertreter zwar nach außen hin im fremden Namen handelt, (innerlich) jedoch im eigenen Namen handeln will.

676 **Beispiel:** G sammelt leidenschaftlich maritime Antiquitäten. Als er erfährt, dass beim Trödler D ein nautisches Fernrohr eingetroffen ist, ruft er bei diesem an und sagt, er wolle seinen Mitarbeiter V vorbeischieken, damit dieser das Fernrohr für ihn kaufe. Als V bei D ankommt, stellt er fest, dass sich das Fernrohr auch ganz gut im eigenen Wohnzimmer machen würde. Kurzerhand beschließt er, das Teil für sich zu kaufen. Er erklärt daher dem D, dass er das Fernrohr kaufe. Ist zwischen G und D ein Kaufvertrag zustande gekommen?

Zwischen G und D könnte ein Kaufvertrag über das Fernrohr zustande gekommen sein. Allerdings hat G nicht selbst gehandelt. Gleichwohl ist er Vertragspartner des D, wenn das Handeln des V dem G zugerechnet wird. In Betracht kommt eine Zurechnung gem. § 164 BGB. V hätte eine eigene Willenserklärung im Namen des G abgegeben und mit Vertretungsmacht gehandelt haben müssen.

V gab eine eigene Willenserklärung ab. Fraglich ist jedoch, ob er auch im fremden Namen gehandelt hat.

Für die Abgrenzung zwischen Vertreter- und Eigengeschäft gelten die allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB). Entscheidend ist daher, wie der Erklärungsempfänger (hier: D) das Verhalten des Handelnden (hier: V) unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls verstehen durfte. Vor dem Hintergrund, dass G dem D das Kommen des V ankündigte, musste D nach den Gesamtumständen davon ausgehen, dass V das Fernrohr für G kaufen wollte. V hat daher im fremden Namen gehandelt. Der gegenteilige, nicht zum Ausdruck gekommene Wille ist (zumindest zunächst) allein schon wegen § 116 S. 1 BGB unbeachtlich.

V müsste aber auch mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Mit der Beauftragung zum Erwerb des Fernrohrs bevollmächtigte G den V, den Kaufvertrag für ihn mit D abzuschließen (sog. Innenvollmacht, § 167 I Var. 1 BGB). Mit dem Anruf bei D tat er diesem gegenüber die Vollmacht des V kund (§ 171 I Var. 1 BGB) – sog. nach außen kundgetane Innenvollmacht. V handelte insgesamt also mit Vertretungsmacht, sodass ein Kaufvertrag zwischen D und G, vertreten durch V, zustande gekommen ist.

Fraglich ist aber, ob V zur Anfechtung gemäß § 119 I BGB berechtigt ist, da er (subjektiv) im *eigenen* Namen handeln wollte.<sup>711</sup>

⇒ Teilweise<sup>712</sup> wird vertreten, dass es sich in dieser Konstellation um eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung handele, die **anfechtbar** sei. § 164 II BGB behandle einen Ausnahmefall und sei daher nicht analogiefähig.

⇒ Dagegen bejaht die h.M.<sup>713</sup> die analoge Anwendung mit Blick auf die gleiche Interessenlage. Wie auch sonst gelte nicht das subjektiv Gewollte, sondern das objektiv erklärte. Aus dem Umkehrschluss aus § 164 II BGB ergebe sich, dass der Wille, im eigenen Namen zu handeln, ebenso wie der Wille, im Namen eines anderen zu handeln, unbeachtlich sei, sofern dies nach außen hin nicht zum Ausdruck komme. Daher könne

<sup>711</sup> Eine Anfechtung würde für V deshalb Sinn machen, weil er mit ihr das zunächst zwischen G und D zustande gekommene Rechtsgeschäft vernichten und dadurch doch noch (durch separates Rechtsgeschäft) das Fernrohr bekommen könnte.

<sup>712</sup> Lieb, JuS 1967, 106, 112 Fn 63; Flume, AT II, § 44 III; Brox/Walker, JA 1980, 449, 454.

<sup>713</sup> BGHZ 36, 30, 33; BGH NJW-RR 1992, 1010, 1011; Ellenberger, in: Grüneberg, § 164 Rn 16.

der Vertreter, der ein eigenes Rechtsgeschäft tätigen wolle, nach außen hin aber wie ein Vertreter aufgetreten sei, seine Erklärung **nicht anfechten**.

Der h.M. ist zuzustimmen. Insbesondere fehlt es an der Schutzbedürftigkeit des Vertreters. Dieser könnte zwar der Gefahr ausgesetzt sein, nach § 179 BGB zu haften, andererseits dient die Vorschrift des § 164 II BGB aber der Rechtssicherheit und gibt dieser den Vorrang vor dem nicht zum Ausdruck gekommenen Willen des Vertreters. Nach § 164 II BGB ist der Vertreter dann selbst Vertragspartner und zur Erfüllung verpflichtet, wenn er seinen Willen, im fremden Namen zu handeln, nicht ausreichend zum Ausdruck bringt. Vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit und dem Schutz des Geschäftsgegners kann daher auch im umgekehrten Fall nichts anderes gelten. So entspricht es auch der Wertung des § 179 BGB, dass der Vertreter, wenn er ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, auch auf Erfüllung bzw. Schadensersatz haftet. Im Ergebnis ist daher mit der h.M. analog § 164 II BGB dem Vertreter auch dann das Anfechtungsrecht zu versagen, wenn dieser zwar äußerlich im fremden Namen, innerlich jedoch für sich handelt.

**Fazit:** Nach der vorzugswürdigen Auffassung der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ergibt der Umkehrschluss aus § 164 II BGB, dass der Wille, im eigenen Namen zu handeln ebenso, wie der Wille, im Namen eines anderen zu handeln, unbeachtlich ist, sofern dieser nach außen hin nicht zum Ausdruck kommt. Daher kann der Vertreter, der ein eigenes Rechtsgeschäft tätigen wollte, nach außen hin aber wie ein Vertreter auftrat, wegen § 164 II BGB analog seine Erklärung **nicht anfechten**. Wie bereits gesagt, schließt dies freilich nicht aus, dass der „Vertreter“ das Geschäft mit dem Dritten aus Gründen anfechten kann, die mit dem Fehler bei der Stellvertretung nichts zu tun haben (vgl. dazu Rn 1287a).

Im vorliegenden Fall berührt daher auch der entgegenstehende Wille des V die Wirksamkeit des Kaufvertrags zwischen D und G nicht. V kann nicht anfechten.

### 6. Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip

Entgegen § 164 I, II BGB kann in Ausnahmefällen von den Folgen einer Missachtung des Offenkundigkeitsprinzips abgesehen werden, wenn für den Geschäftsgegner kein schutzwürdiges Interesse an der Offenlegung der Vertretung besteht. Das ist in zwei Fällen anerkannt<sup>714</sup>:

- beim **verdeckten Geschäft für den, den es angeht**, und
- beim **Handeln unter fremdem Namen (Identitätstäuschung)**.

#### a. Verdecktes Geschäft für den, den es angeht

Von einem **verdeckten Geschäft für den, den es angeht**, wird gesprochen, wenn der Erklärende zwar für den Vertretenen handeln möchte, dies jedoch nicht deutlich macht und dem Geschäftsgegner die Person des Vertragspartners **gleichgültig** ist. Hauptfall sind **Bargeschäfte des täglichen Lebens**. Hier kommt nach h.M. das Geschäft auch ohne Offenlegung der Stellvertretung unmittelbar zwischen dem Geschäftspartner und dem Vertretenen zustande.<sup>715</sup>

**Beispiel:** A und B wohnen zusammen in einer WG. Als A im Supermarkt Besorgungen machen möchte, bittet B ihn, ihm eine Tüte Chips mitzubringen. Das Geld gibt er ihm gleich mit. A kauft im Supermarkt des D – ohne an der Kasse zu sagen, dass die Tüte Chips für B bestimmt sei – u.a. eine Tüte Chips. Ist hier ein Kaufvertrag zwischen B und D über eine Tüte Chips zustande gekommen? Wer ist Eigentümer der Chips?

<sup>714</sup> Der Sonderfall des § 1357 BGB, bei dem unklar ist, ob er einen Fall der echten Stellvertretung darstellt, soll wegen des Sachzusammenhangs erst im Rahmen der Vertretungsmacht erläutert werden, vgl. dazu Rn 692 ff.

<sup>715</sup> Vgl. BGHZ 114, 74, 79; BGH NJW-RR 2003, 921 ff.; OLG Celle ZGS 2007, 79; Schubert, in: MüKo, § 164 Rn 127-135; Ellenberger, in: Grüneberg, § 164 Rn 8; Stadler, AT, § 30 Rn 7; Boecken, AT, Rn 617; Petersen, Jura 2010, 187, 188.

677

678

679

Hier hat B selbst keine Willenserklärung abgegeben. Eine solche hat aber A abgegeben. Ein Vertrag zwischen B und D ist also nur dann zustande gekommen, wenn die Erklärung des A dem B zugerechnet werden kann. In Betracht kommt eine Zurechnung über § 164 I BGB. Diese setzt dreierlei voraus: Abgabe einer eigenen Willenserklärung des Handelnden, Handeln im fremden Namen und Bestehen einer Vertretungsmacht. Vorliegend ist allein das Handeln im fremden Namen fraglich, da A nicht offenkundig gemacht hat, dass er die Tüte Chips für B kaufte. Da aber unterstellt werden kann, dass es dem D letztlich gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird, solange er nur (sofort) die Gegenleistung (den Kaufpreis) erhält und nicht gegen geltendes Recht verstößt, ist in teleologischer Reduktion des § 164 I, II BGB die fehlende Offenkundigkeit hier unschädlich. Entgegenstehende Anhaltspunkte, wie wirtschaftliche Bedeutung des Vertrags<sup>716</sup>, sind nicht ersichtlich. Es liegt ein „Geschäft für den, den es angeht“ vor. Damit ist B Vertragspartner des D.<sup>717</sup>

Fraglich ist schließlich, wann B **Eigentum** an der Tüte Chips erwirbt. Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an beweglichen Sachen richtet sich nach § 929 S. 1 BGB. Danach sind eine dingliche Einigung darüber, dass das Eigentum der Sache übergehen soll, und die Übergabe der Sache erforderlich. Da die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB auch ein Rechtsgeschäft darstellt und daher entsprechende Willenserklärungen der Parteien voraussetzt, sind folgerichtig auch die Regeln über die Stellvertretung anwendbar. Die Einigung erfolgte vorliegend also zwischen B und D, wobei B von A vertreten wurde. Insbesondere steht dem nicht das Offenkundigkeitsprinzip entgegen, da es dem Verkäufer bei Bargeschäften des täglichen Lebens (jedenfalls nach Erhalt der Gegenleistung) regelmäßig gleichgültig ist, wer das Eigentum an der Kaufsache erwirbt<sup>718</sup>.

Hinsichtlich der Übergabe der Tüte Chips an A ist zwar zu beachten, dass – da hier gerade kein Rechtsgeschäft, sondern ein Realakt vorliegt – die Regeln der Stellvertretung nicht anwendbar sind, allerdings erlangt der Vertretene nach § 868 BGB **mittelbaren Besitz**. Man spricht hier von einem **Besitzmittlungsverhältnis**.

Kritik: Der Grundsatz, dass bei Bargeschäften des täglichen Lebens ein „Geschäft für den, den es angeht“ vorliegt mit der Folge, dass der „Hintermann“ Vertragspartner des Geschäftsgenossen wird, mag zwar im Prinzip eine juristisch und wirtschaftlich angemessene Lösung sein, diese stößt aber an ihre Grenzen, wenn es um Waren geht, die der Geschäftsgenosse bei Kenntnis der Person des Vertragspartners wohl nicht an diesen verkaufen würde. Das betrifft insbesondere Waren, deren Verkauf an Minderjährige verboten oder zumindest eingeschränkt ist (Tabakwaren, alkoholhaltige Getränke etc.).

680

**Fazit:** Das *verdeckte* Geschäft für den, den es angeht, wirkt trotz fehlender Offenkundigkeit grds. **für und gegen den ungenannten Geschäftsherrn**. Die Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip wird damit gerechtfertigt, dass es bei Geschäften des täglichen Lebens dem Geschäftsgenossen grds. nicht auf die Person des Geschäftspartners ankommt, sofern das Geschäft (durch Barzahlung) gleich erfüllt wird.

## b. Handeln unter fremdem Namen

681

Vom Handeln im fremden Namen strikt zu unterscheiden ist das Handeln *unter* fremdem Namen. Bei diesem bedient sich der Handelnde des Namens einer anderen existierenden Person oder auch eines erfundenen Namens, um seine Identität nicht zu offenbaren. Er tritt also nicht *für* einen anderen, sondern *als* ein anderer auf. Hinsichtlich der Rechtsfolge ist zu differenzieren<sup>719</sup>:

<sup>716</sup> BGH NJW-RR 2003, 921 ff.; OLG Celle ZGS 2007, 79 (Autokauf).

<sup>717</sup> Vgl. auch BGHZ 114, 74, 80; 154, 276, 279; *Schubert*, in: MüKo, § 164 Rn 127; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 8; *Brox/Walker*, AT, Rn 526; *Boecken*, AT, Rn 617; a.A. *Baur/Stürner*, SachenR, § 51 Rn 43 (keine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips, sondern Eigenschaft des „Vertreters“, § 164 II BGB).

<sup>718</sup> Vgl. dazu auch BGHZ 154, 276, 279.

<sup>719</sup> BGHZ 45, 193, 195; OLG Düsseldorf NJW 1989, 906; OLG München NJW 2004, 1328 f.; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 10; *Brox/Walker*, AT, Rn 528.

**aa. Die Namenstäuschung (Eigengeschäft des Handelnden)**

Ist die Identität des Handelnden für den Geschäftsgegner unerheblich und will er mit der Person, die „vor ihm steht“, unabhängig von ihrem Namen den Vertrag schließen, handelt es sich um eine sog. **Namenstäuschung**, d.h. ein **Handeln unter falscher Namensangabe**. In diesen Fällen wird der Handelnde selbst Vertragspartei. Es liegt ein **Eigengeschäft** des Handelnden vor.<sup>720</sup>

682

Gemeint sind hier die Geschäfte, bei denen der Handelnde z.B. unter einem Fantasie- oder Allerweltsnamen auftritt und die Identität nach der Art des Geschäfts (zumeist Bargeschäfte) für den Abschluss und die Durchführung des Vertrags keine Rolle spielen. In diesen Fällen will der Geschäftsgegner i.d.R. mit dem ihm Gegenüberstehenden kontrahieren und unterliegt diesbezüglich auch keiner Identitätstäuschung. Er würde mit dem Handelnden also auch dann kontrahieren, wenn er wüsste, dass er nicht X, sondern Y heißt. Die Vorschriften der §§ 164 ff., 177, 179 BGB sind hier nicht anwendbar. Der wirkliche Namensträger - sofern es ihn überhaupt gibt - kann das Geschäft daher auch nicht wie bei § 177 BGB durch eine Genehmigung an sich ziehen.<sup>721</sup>

683

**Beispiel:** Die verheiratete Vorstandsvorsitzende A möchte mit ihrem Praktikanten ungestört ein paar schöne Stunden verbringen. Zu diesem Zweck steigen die beiden im „Parkhotel“ ab. Um „keine Spuren zu hinterlassen“, stellt sich A an der Rezeption als „Frau Müller“ vor und zahlt das Zimmer in bar.

Hier wird es dem Inhaber des Hotels bzw. dem Rezeptionisten eher nicht auf die Identität des Handelnden ankommen. Man will mit der Person, die vor einem steht, und die sofort die Gegenleistung erbringt (Zahlung des Zimmers), einen Vertrag schließen. Der falsche Name ist unerheblich. Daher kommt auch vorliegend ein Vertrag zwischen dem Hotelinhaber und A zustande.

**bb. Die Identitätstäuschung (ggf. Geschäft des Namensträgers)**

Kommt es dem Dritten dagegen sehr wohl auf die Identität des Geschäftspartners an, würde er also nicht mit dem Handelnden kontrahieren, wenn er wüsste, dass dieser nicht derjenige ist, für den er sich ausgibt, liegt ein Fall der sog. **Identitätstäuschung** vor. In diesem Fall wird das Handeln unter fremdem Namen wie das Handeln im fremden Namen behandelt, allerdings unter analoger Anwendung der §§ 164 ff. BGB.<sup>722</sup> Es kommt also ein **Geschäft zwischen dem Erklärungsempfänger und dem Namensträger** (nicht dem Handelnden!) zustande, sofern die Voraussetzungen einer Zurechnung (auch unter den Aspekten einer Rechtsscheinvollmacht) gegeben sind. Kann eine Zurechnung nicht erfolgen, ist das (Vertreter-)Geschäft schwebend unwirksam. Ob dieses schwebend unwirksame Geschäft „geheilt“ wird, hängt von der Genehmigung des „Vertretenen“ analog §§ 177 I, 184 I BGB ab. Verweigert dieser die Genehmigung, haftet der Handelnde bei Bösgläubigkeit dem Geschäftsgegner persönlich wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht analog § 179 I BGB nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz; andernfalls auf Ersatz des Vertrauensschadens, § 179 II BGB.<sup>723</sup>

684

**Beispiel:** Der kleinkriminelle K ist Gast im Hotel „Vierjahreszeiten“. Als er im hoteleigenen Restaurant speist, hört er, wie der Gast des Nachbartisches zum Ober sagt, dieser könne die Rechnung für das Essen auf die Hotelrechnung setzen, sein Name sei Deumeland. Daraufhin geht K zielstrebig in die hoteleigene Boutique, kauft dort einen Armani-Anzug und gibt sich gegenüber dem dort tätigen Hotelangestellten H als Herr Deumeland aus,

<sup>720</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1988, 814, 815; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 12; *Saenger/Scheuch*, JA 2013, 494, 495.

<sup>721</sup> *Medicus/Petersen*, AT, Rn 907; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 11; *Leptien*, in: Soergel, § 164 Rn 23.

<sup>722</sup> BGHZ 45, 193, 195; 111, 334, 338; OLG München NJW 2004, 1328 f.; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 908. Vgl. auch BGH NJW 2011, 2421 f. für den Fall, dass ein Dritter unbefugt einen eBay-Account benutzt und unter dem eBay-Namen des Account-Inhabers kontrahiert (dazu auch *Faust*, JuS 2011, 1027; *Saenger/Scheuch*, JA 2013, 494, 495) – unten Rn 685.

<sup>723</sup> Wie hier nunmehr auch BGH NJW 2011, 2421 f.

dessen Hotelrechnung mit dem Anzug belastet werden solle. Als D am nächsten Morgen abreisen und die Hotelrechnung begleichen möchte, fällt der Schwindel auf. D ist empört. Muss er den Anzug bezahlen?

Ein Anspruch des Hotelinhabers gegen D auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II BGB setzt einen wirksamen Vertragsschluss zwischen den beiden voraus. D hat selbst keine Willenserklärung abgegeben. Eine solche hat aber K abgegeben. Fraglich ist daher, ob D das Verhalten des K über § 164 BGB zugerechnet werden kann.

K gab eine eigene Willenserklärung ab. Dies müsste er aber auch *im* fremden Namen getan haben. K handelte aber nicht *in*, sondern *unter* fremdem Namen, sodass das Offenkundigkeitsprinzip nicht gewahrt ist. Es könnte aber ein Fall der sog. Identitätstäuschung vorliegen, sodass eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB möglich ist.

Vorliegend kam es dem H als Vertreter des Hotelinhabers entscheidend darauf an, im Namen des Hotels mit D zu kontrahieren, da insbesondere keine Barzahlung, sondern eine (spätere) Belastung der Zimmerrechnung erfolgen sollte. Hätte H gewusst, dass K nicht D war, hätte er den Vertrag nicht geschlossen. Es liegt also eine sog. Identitätstäuschung vor mit der Folge der analogen Anwendung der §§ 164 ff. BGB. Das Handeln unter fremdem Namen wird in diesem Fall dem Handeln in fremdem Namen gleichgestellt.

Damit D aus dem Geschäft verpflichtet wird, müsste K aber auch mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Diese ist nach dem Sachverhalt nicht gegeben. Auch von der Möglichkeit der Genehmigung analog § 177 I BGB will D offensichtlich keinen Gebrauch machen. Das (zunächst schwebend unwirksame) Vertretergeschäft ist also endgültig unwirksam.

Ergebnis: Ein Anspruch des Hotelinhabers gegen Herrn Deumeland auf Zahlung des Kaufpreises für den Anzug aus § 433 II BGB ist daher nicht gegeben.

K haftet aber dem Hotelinhaber analog § 179 I BGB entweder auf Erfüllung oder Schadensersatz.

### cc. Unbefugte Nutzung eines fremden „eBay-Mitgliedskontos“

685 Gelegentlich kommt es vor, dass jemand unbefugt den (passwortgesicherten) eBay-Account eines anderen nutzt, um Rechtsgeschäfte abzuschließen. Hier stellt sich die Frage, wer Vertragspartner wird.

**Beispiel:** Violetta ist seit vielen Jahren Freundin der Gunda, die eine Modeboutique betreibt und auch Konfektionsware über die Internetplattform eBay verkauft. V weiß, dass G ihren eBay-Account mit dem eBay-Mitgliedsnamen „Fantasia“ unterhält. Auch kennt sie zufällig das Passwort. Nachdem sich die beiden Damen überworfen haben, nutzt V den eBay-Mitgliedsnamen der G und stellt eine Designer-Lederjacke der G ein. Ottokar erhält als Höchstbietender den Zuschlag. G hat davon keine Kenntnis. Liegt hier ein Kaufvertrag vor und wenn ja, zwischen wem?

Ein Kaufvertrag könnte zwischen G und O vorliegen, da O einen Vertrag mit einem Nutzer namens „Fantasia“ geschlossen hat und dieser Mitgliedsname der G zugeordnet ist.

Jedoch hat G nicht selbst gehandelt. Fraglich ist daher, ob das Handeln der V der G zugerechnet werden kann. In Betracht kommt eine Zurechnung gem. § 164 I S. 1 BGB. Die §§ 164 ff. BGB greifen jedoch von vornherein nicht im Fall einer sog. **Namenstäuschung**, d.h. bei einem Handeln unter falscher Namensangabe, wenn der Handelnde in Wahrheit für sich selbst handeln möchte, dabei lediglich einen Allerwelts- oder Phantasienamen benutzt, um seine wahre Identität zu verbergen. Zwar hat V einen Phantasienamen benutzt, sie wollte jedoch nicht für sich selbst handeln. Außerdem muss davon ausgegangen werden, dass es O gerade auf die wahre Identität des Verkäufers ankommt. Denn gerade bei Rechtsgeschäften im Internet als anonymes Massenmedium ist die Kenntnis der wahren Identität des Vertragspartners in aller Regel wichtig. Jede Partei möchte wissen, an wen sie das Erfüllungsbegehren richten und etwaige Ansprüche wegen Sachmängel geltend machen kann.

Kommt es dem Dritten also auf die Identität des Geschäftspartners an und würde er nicht mit dem Handelnden kontrahieren, wenn er wüsste, dass dieser nicht derjenige ist, für den er sich ausgibt, liegt ein Fall der sog. **Identitätstäuschung** vor, wonach das Handeln unter fremdem Namen wie das Handeln im fremden Namen behandelt wird, allerdings unter analoger Anwendung der §§ 164 ff. BGB.

Es müssten daher die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen. Eine Vollmacht liegt explizit nicht vor. Möglicherweise muss G aber nach den Grundsätzen der **Duldungs- oder Anscheinsvollmacht** für die unter Verwendung ihres passwortgeschützten Mitgliedskontos abgegebene Erklärung der V einstehen. Zwar hat O sicherlich auf das Zustandekommen eines Vertrags mit G vertraut, jedoch hat G es weder wissentlich geschehen lassen, dass V für sie wie eine Vertreterin auftritt, noch hätte sie das Handeln der V bei pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und verhindern können.<sup>724</sup>

Fraglich ist jedoch, ob sich G die von V unter Nutzung ihres eBay-Kontos abgegebenen Erklärungen deswegen zurechnen lassen muss, weil sie keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen gegen einen Zugriff der V auf die maßgeblichen Kontodaten getroffen hat.

Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts hat der BGH eine unsorgfältige Verwahrung der Kontaktdaten eines eBay-Mitgliedskontos als eigenständigen Zurechnungsgrund für von einem Ehegatten unter Verwendung dieses Kontos begangene Urheberrechts- und/oder Markenrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße genügen lassen.<sup>725</sup> Nach Auffassung des BGH lassen sich diese zur deliktischen Haftung entwickelten Grundsätze jedoch nicht auf die Zurechnung einer unter unbefugter Nutzung eines Mitgliedskontos von einem Dritten abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung übertragen. Denn während im Deliktsrecht der Schutz absoluter Rechte Vorrang vor den Interessen des Schädigers genieße, sei bei der Abgabe von auf den Abschluss eines Vertrags gerichteten Erklärungen eine Zurechnung nur dann gerechtfertigt, wenn die Interessen des Geschäftspartners schutzwürdiger seien als die eigenen.<sup>726</sup> Dies sei nicht schon allein deswegen der Fall, weil der Kontoinhaber bei eBay ein passwortgeschütztes Mitgliedskonto eingerichtet und sich den Betreibern dieser Plattform zur Geheimhaltung der Zugangsdaten verpflichtet habe. Denn das Stellvertreterrecht des BGB weise das Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht des Handelnden grds. dem Geschäftsgegner und nicht demjenigen zu, in oder unter dessen Namen jemand als Vertreter oder scheinbarer Namensträger auftrete. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Geschäftsgegner annehmen durfte, der „Vertretene“ kenne und billige das Verhalten des Dritten. Nur dann verdiene ein vom „Vertretenen“ oder Namensträger möglicherweise schuldhaft mitverursachter Rechtsschein im Rechtsverkehr in der Weise Schutz, dass das Handeln des Dritten dem „Vertretenen“ zugerechnet werde. Ein solcher Vertrauenstatbestand lasse sich vorliegend jedoch nicht begründen.<sup>727</sup>

Schließlich ist zu prüfen, ob sich eine Zurechnung des Verhaltens der V über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay begründen lässt. Denn die AGB sehen vor, dass Mitglieder grundsätzlich für „sämtliche Aktivitäten“ haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden. Da diese AGB jedoch jeweils nur zwischen eBay und dem Inhaber eines Mitgliedskontos vereinbart sind, kommt ihnen keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter zu.<sup>728</sup>

Im Ergebnis findet daher keine Zurechnung statt. Macht G von der Möglichkeit der Genehmigung analog §§ 177 I, 184 I BGB keinen Gebrauch, haftet V dem O persönlich wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht analog § 179 I BGB.

---

<sup>724</sup> Zur Duldungsvollmacht vgl. Rn 826 ff. und zur Anscheinsvollmacht vgl. Rn 837 ff.

<sup>725</sup> Vgl. BGHZ 180, 134 ff. (Halbband - Zur Haftung des Inhabers eines eBay-Mitgliedskontos für durch Dritte über sein Mitgliedskonto begangene Schutzrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße); BGHZ 185, 330 ff. („Sommer unseres Lebens“ - Zur Störerhaftung des Betreibers eines privaten WLAN-Netzwerkes für Urheberrechtsverletzungen Dritter; hier: im Rahmen sog. Internettauschbörsen).

<sup>726</sup> BGH NJW 2011, 2421 f. – dazu *Borges*, NJW 2011, 2400 ff.

<sup>727</sup> BGH NJW 2011, 2421 f.

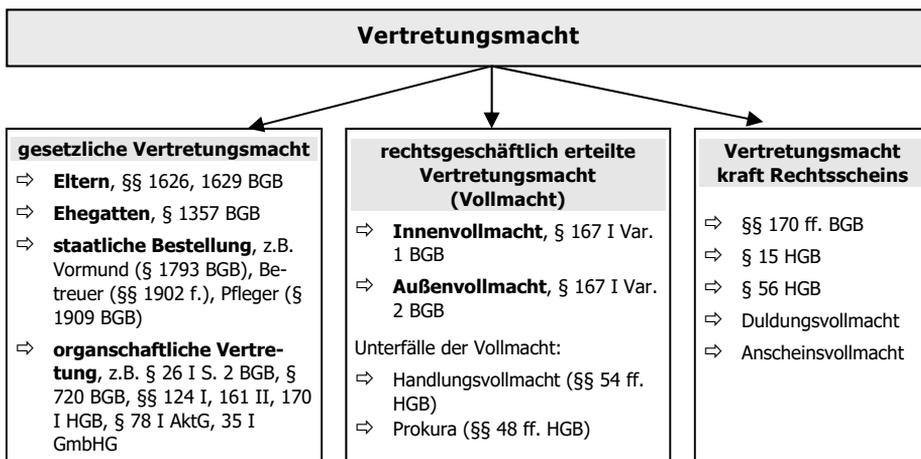
<sup>728</sup> Auf die hier ebenfalls nicht gegebene Möglichkeit der Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB) soll hier ebenso wenig eingegangen werden wie auf die Möglichkeit der Haftung der G aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB (*culpa in contrahendo*).

### III. Vertretungsmacht

686 Damit die Rechtsfolgen des „Vertretergeschäfts“ beim Geschäftsherrn eintreten, muss der Vertreter nicht nur eine **eigene Willenserklärung** abgegeben und das **Offenkundigkeitsprinzip** gewahrt, sondern gem. § 164 I S. 1 BGB auch mit **Vertretungsmacht** gehandelt haben.

687 **Vertretungsmacht** ist die Befugnis, einen anderen wirksam zu vertreten und für ihn mit verbindlicher Wirkung Willenserklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen.

688 Die Vertretungsmacht liegt vor, wenn der Vertreter entweder **kraft Gesetzes** zur Vornahme des Rechtsgeschäfts befugt ist oder wenn der Vertretene dem Vertreter **rechtsgeschäftlich** eine entsprechende Vertretungsmacht eingeräumt hat. In diesem Fall spricht man von **Vollmacht** (vgl. die Legaldefinition in **§ 166 II S. 1 BGB**).



Anmerkung: Streng genommen handelt es sich bei einigen der genannten Rechtsscheintatbestände (insbesondere bei der Duldungs- und Anscheinsvollmacht) nicht um Arten einer Vertretungsmacht, weil sie ja gerade an den Umstand anknüpfen, dass keine Vertretungsmacht i.S.v. §§ 164 ff. BGB besteht, eine Zurechnung der Willenserklärung jedoch aus Gründen des Verkehrsschutzes angezeigt ist. Daher dürften eigentlich insbesondere die Duldungs- und Anscheinsvollmacht lediglich als „dem Verkehrsschutz dienende Zurechnungsinstitute“, nicht aber als „Arten einer Vertretungsmacht“ bezeichnet werden. Dennoch werden Duldungs- und Anscheinsvollmacht verbreitet als „Arten einer Vertretungsmacht“ bezeichnet.

#### 1. Gesetzliche Vertretungsmacht

##### a. Insbesondere: Elterliche Vertretungsmacht

689 Die für eine Stellvertretung erforderliche Vertretungsmacht kann zunächst auf gesetzlichen Vorschriften beruhen. So bedürfen insbesondere Personen, die geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind, eines gesetzlichen Vertreters. Eine derartige Vertretungsmacht ergibt sich z.B. für die **Eltern** aus §§ 1626, 1629 BGB, die als **Gesamtvertretung** ausgestaltet ist. Beide Elternteile vertreten ihre Kinder also gesetzlich und zugleich gemeinschaftlich. „Gemeinschaftlich“ bedeutet, dass ein Elternteil allein das Kind nicht vertreten kann. Allerdings findet bei einfachen Angelegenheiten des täglichen Lebens zumeist eine gegenseitige (konkludente) Übertragung des Erziehungsrechts statt, sodass in diesem Fall der andere Elternteil dann auch *allein* wirksam einwilligen oder genehmigen kann. Gleiches gilt, wenn mit der gewählten Form der Aufgabenverteilung eine Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis einhergeht.

**Beispiel:** Während sich der eine Elternteil beruflich außer Haus befindet, unterschreibt der andere einen Mobilfunkvertrag der 17-jährigen Tochter, über die das gemeinsame Sorgerecht besteht.

Kann man in einem solchen Fall (ausnahmsweise) keine konkludente Übertragung der Gesamtvertretungsbefugnis annehmen (die rechtsgeschäftlicher Natur wäre), greift die Folge aus § 177 I BGB: Der Mobilfunkvertrag ist schwebend unwirksam, d.h. die Wirksamkeit hängt von der Genehmigung des „übergangenen“ Elternteils ab.

Muss eine Übertragung der Vertretungsbefugnis verneint werden, hängt folgerichtig unter Anwendung des § 177 BGB die Wirksamkeit der Stellvertretung von der Genehmigung des „übergangenen“ Elternteils ab. Verweigert dieser die Genehmigung, ist das Rechtsgeschäft endgültig unwirksam.

**Beispiel:** Schließt der 15-jährige M im Beisein seiner Mutter, aber ohne Kenntnis des Vaters, mit dem Elektrofachgeschäft E einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) über einen Elektroroller („E-Scooter“) und führt aufgrund der familiären Arbeitsteilung die Mutter den Haushalt, kann die Wirksamkeit des Kaufvertrags angenommen werden, sofern ein derartiges Geschäft eine „Angelegenheit des täglichen Lebens“ ist. Das wird man von den konkreten familiären Verhältnissen abhängig machen müssen. Da hilft dem Vertragsgegner auch nicht das Beweisrecht. Denn nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen trägt die grundsätzliche Beweislast für die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen der Anspruchsgegner. Beruft sich also der Minderjährige, vertreten durch seine Eltern, später auf die Unwirksamkeit des Vertrags und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des E-Scooters, ist es Sache des Verkäufers, zu beweisen, dass die Zustimmung eines Elternteils genügt hatte. Diese Beweisführung ist jedenfalls schwierig.

Die elterliche Vertretungsmacht ist aber nicht unbeschränkt. So können die Eltern gemäß § 1629 II BGB das Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Ferner bedürfen Eltern nach § 1643 I BGB bei Rechtsgeschäften, bei denen ein Vormund nach §§ 1821 und 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB der Genehmigung des Familiengerichts bedarf, ebenfalls einer solchen Genehmigung. Geht es um die Vermögenssorge als Teilbereich des Sorgerechts (siehe § 1626 I S. 2 BGB), ist die Regelung des § 1638 I BGB zu beachten, wonach sich die Vermögenssorge nicht auf das Vermögen erstreckt, welches das Kind von Todes wegen (also durch Erbschaft) erwirbt oder welches ihm unter Lebenden unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen. Geht es in diesem Zusammenhang um eine Erbschaft, umfasst ein testamentarisch angeordneter Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen auch die Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft.<sup>729</sup> Die in einem solchen Fall gleichwohl im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung ist daher mangels Vertretungsmacht unwirksam.<sup>730</sup> Da es in diesem Fall also an einer diesbezüglichen Vertretungsbefugnis fehlt, kommt es auch nicht auf § 1643 II S. 1 BGB (Genehmigung durch das Familiengericht) an, da diese Vorschrift von einem genehmigungsfähigen Rechtsgeschäft ausgeht, an dem es in der vorliegenden Konstellation fehlt.

690

Schließen die Eltern ohne Genehmigung des Familiengerichts einen genehmigungsbedürftigen (und selbstverständlich auch genehmigungsfähigen) Vertrag, ist dieser bis zur Genehmigung durch das Familiengericht schwebend unwirksam, §§ 1643 III i.V.m. § 1829 I BGB. Zu beachten ist aber, dass wenn der Minderjährige volljährig geworden ist, auch er das Rechtsgeschäft genehmigen kann, §§ 1643 III BGB i.V.m. § 1829 III BGB. Allein das Volljährigwerden ist jedoch nicht ausreichend. Es ist zumindest eine konkludent

<sup>729</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3032, 3033 f.

<sup>730</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3032, 3033 f.

erteilte Genehmigung erforderlich. Erfolgt *keine* wirksame Genehmigung, haften die Eltern als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

- 691 Die gesetzliche Vertretungsmacht kann sich aber auch aus einem aufgrund Gesetzes erlassenen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeben (vgl. § 1793 BGB für den **Vormund**, §§ 1902, 1903 BGB für den **Betreuer** und § 1909 BGB für den **Pfleger**). Eine Entscheidung hierüber fällt das Familiengericht.

### **b. Sonderfall des § 1357 BGB**

- 692 Die aus der sog. **Schlüsselgewalt** entstandene Regelung des § 1357 I BGB bestimmt, dass jeder Ehegatte berechtigt ist, Geschäfte „zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs“ der Familie **mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten** zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden *beide* Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt.<sup>731</sup>
- 693 Ob es sich bei der Regelung des § 1357 BGB um einen Fall gesetzlicher Vertretungsmacht handelt oder – da ja auch der selbst handelnde Ehegatte verpflichtet wird und die der Stellvertretung eigentümliche Offenkundigkeit fehlt – ein familienrechtliches Institut eigener Art bzw. eine Rechtsmacht *sui generis* angenommen werden muss, ist unklar. Für die Rechtswirkungen des § 1357 BGB ist es aber unerheblich, ob für den Geschäftspartner erkennbar war, dass er mit einer verheirateten Person kontrahierte. Denn liegen die Voraussetzungen des § 1357 BGB vor, werden – wie gesehen – beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet.
- 694 Die aus § 1357 BGB folgende Mitverpflichtung des anderen Ehepartners tritt – sofern sie nicht durch diesen gem. § 1357 II BGB ausgeschlossen wurde – unabhängig davon ein, ob dieser mit dem Geschäft einverstanden ist. Keine Rolle spielt es auch, wem die Haushaltsführung obliegt. Voraussetzung ist nur, dass ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs vorliegt. Damit führt § 1357 BGB, der eigentlich die Eigenständigkeit der Haushaltsführung sichern soll, zu einem weit reichenden Gläubigerschutz. Denn dieser sieht sich kraft Gesetzes stets *zwei* Schuldner gegenüber. Um daher den Regelungszweck des § 1357 I BGB zu wahren und die Folgen für den anderen Ehepartner überschaubar zu halten, ist die theoretische Reichweite des Tatbestandsmerkmals „angemessene Deckung des Lebensbedarfs“ auf ein sinnvolles Maß zu beschränken (enge Auslegung). Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist nicht von einer Durchschnittsfamilie auszugehen, sondern es entscheidet stets der nach außen tretende individuelle Zuschnitt der Ehegatten.<sup>732</sup> Die Maßgeblichkeit dieser objektivierten Betrachtungsweise findet ihren Grund darin, dass bei den heutigen anonymen Massengeschäften (z.B. im Supermarkt oder im Versandhandel) ein persönlicher Kontakt überhaupt nicht stattfindet und das jeweilige Auftreten beim Vertragsschluss daher auch keine oder kaum Rückschlüsse auf die Vermögensverhältnisse bzw. den Zuschnitt der Familie zulässt.<sup>733</sup> Ebenso muss außer Betracht bleiben, ob der tatsächliche Lebensstil den Einkommensverhältnissen „angemessen“ ist. Wenn Ehegatten einverständlich über ihre Verhältnisse leben, müssen sie auch solidarisch dafür aufkommen.<sup>734</sup> Zu beurteilen ist schließlich nur das konkret abgeschlossene Geschäft für die konkrete Familie. Bleiben mehrere selbstständige Geschäfte je für sich im Rahmen des § 1357 BGB, werden sie nicht deshalb unangemessen, weil sie zusammengerechnet dessen Rahmen übersteigen würden.<sup>735</sup> Mithin ergibt sich folgende Definition:

<sup>731</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1357 BGB vgl. BVerfG NJW 1990, 175 f.

<sup>732</sup> BGH NJW 2018, 1313, 1314; BGHZ 116, 184, 188 f.; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 558.

<sup>733</sup> Roth, in: MüKo, § 1357 Rn 21.

<sup>734</sup> Roth, in: MüKo, § 1357 Rn 21.

<sup>735</sup> Roth, in: MüKo, § 1357 Rn 21.

Als **Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie** gelten daher nur solche, die nach Art und Umfang den Gebrauchsgewohnheiten der Familie entsprechen und bei denen die vorherige Abstimmung zwischen den Ehegatten gewöhnlich als nicht notwendig angesehen wird.<sup>736</sup>

695

**Beispiele**<sup>737</sup>: Zu den Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie gehören insbesondere solche des familiären Konsumbereichs: Anschaffung von Lebensmitteln, von Kleidungsstücken für die Familie und den haushaltsführenden Ehepartner selbst, Heizmaterial, Beleuchtungskörpern, Haushaltsgeräten (einschließlich hierauf bezogener Reparaturaufträge) und Hausrat, insb. Einrichtungsgegenständen (jedenfalls Kleinfurnituren, wohl nicht aber Großmöbel oder gar der gesamte Hausrat<sup>738</sup>), Beauftragung von Handwerkern, Ersetzung von unbrauchbar Gewordenem, Abschluss eines Telefon- oder Energielieferungsvertrags etc. Auch kann der Abschluss eines Versicherungsvertrags von § 1357 BGB erfasst sein, sofern sich die Höhe der Beiträge bezogen auf die Bedarfsdeckung der Familie noch in einem angemessenen Rahmen bewegt und daher auch keine vorherige Verständigung der Ehegatten über den Abschluss des Versicherungsvertrags erforderlich erscheint (Gleiches gilt für dessen Kündigung).<sup>739</sup>

**Gegenbeispiele**: Wohl nicht in den Rahmen der Schlüsselgewalt fallen der Erwerb von kostbaren Teppichen, der Abschluss von Versicherungs- und Kreditverträgen oder von Teilzahlungsgeschäften, die Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision i.H.v. 15.000 €<sup>740</sup>, die Anmietung oder Kündigung eines Hauses oder einer Wohnung<sup>741</sup>, die Anschaffung eines (größeren) Haustieres, der Verkauf oder die Verpachtung von Möbeln etc. Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, FamR, Rn 139.

**Überschreitet** der handelnde Ehepartner die Grenzen des angemessenen Lebensbedarfs, wird der andere nicht durch § 1357 I BGB mitverpflichtet. In einem solchen Fall gelten die §§ 177, 179 BGB analog, sofern der handelnde Ehepartner den anderen mitverpflichten wollte. Ansonsten verpflichtet sich der handelnde Ehepartner gegenüber dem Geschäftspartner allein.

696

**Nicht** anwendbar ist § 1357 BGB auf den minderjährigen<sup>742</sup> Ehepartner und auch nicht im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Im Rahmen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nach dem LPartG ist § 1357 BGB (wie auch die §§ 1365 bis 1370 BGB) entsprechend anwendbar, § 8 II LPartG.

697

Für die **Mitberechtigung** der Ehegatten, die ebenfalls nach § 1357 I S. 2 BGB eintritt, ist unklar, ob Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB<sup>743</sup> oder Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB<sup>744</sup> eintritt. Unterschiede ergeben sich hier insbesondere bei der Erfüllung: Nach § 428 BGB tritt Erfüllung schon dann ein, wenn nur an *einen* der Ehegatten geleistet wurde. Bei § 432 BGB müsste der Geschäftsgegner zur Erfüllung regelmäßig an *beide* Ehegatten gemeinsam leisten, es sei denn, dass der eine Ehegatte auch bei der Leistungsannahme für den anderen Ehegatten handeln kann, z.B. durch §§ 164 ff. BGB (wobei dann möglicherweise wiederum § 1357 I BGB greift).

698

<sup>736</sup> BGH NJW 2018, 1313, 1314; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 913; OLG Köln FamRZ 1991, 434; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1524; *Siede*, in: Grüneberg, § 1357 Rn 10 ff.

<sup>737</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1084; LG Stuttgart FamRZ 2001, 1610; zu weiteren Nachweisen vgl. *Siede*, in: Grüneberg, § 1357 Rn 13.

<sup>738</sup> Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2007, 558.

<sup>739</sup> BGH NJW 2018, 1313, 1314 (Kündigung einer Kfz-Vollkaskoversicherung).

<sup>740</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2010, 1717.

<sup>741</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2007, 558; LG Köln FamRZ 1990, 744 - sog. Grundlagengeschäfte.

<sup>742</sup> Zwar hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 22.7.2017 (BGBl I 2017, S. 2429) ein Verbot solcher Ehen angeordnet, die mit Minderjährigen geschlossen worden sind (§ 1303 S. 1 BGB); Ehen mit Minderjährigen, die das 16. Lebensjahr vollendet hatten, sind aber wirksam, solange sie nicht gem. § 1314 I Nr. 1 BGB aufgehoben worden sind. Siehe dazu ausführlich *R. Schmidt*, FamR, Rn 2g, 54, 56 und 61.

<sup>743</sup> Dafür z.B. *Medicus/Petersen*, BR, Rn 89; *Löhnig*, FamRZ 2001, 135.

<sup>744</sup> Dafür z.B. *Siede*, in: Grüneberg, § 1357 Rn 5 („Mitberechtigung“; siehe aber auch Rn 21: „Gesamtgläubiger“).

699 Unklar ist schließlich, ob der nichthandelnde Ehegatte auch **dinglich berechtigt** wird, ob er also kraft Gesetzes bspw. Miteigentum (§ 1008 BGB) erwirbt. Teilweise<sup>745</sup> wird vertreten, dass der nicht handelnde Ehegatte über § 1357 I BGB auch dinglich mitberechtigt werde. Dagegen lehnt der BGH<sup>746</sup> die automatische Entstehung von Miteigentum bei § 1357 BGB ab. Er begründet seine Auffassung mit den Grundsätzen des Güterrechts. Nach § 1363 II BGB blieben die Gütermassen getrennt. Eine dingliche Beteiligung des einen Ehegatten am Vermögen des anderen fände innerhalb der Ehe also grundsätzlich nicht statt. Durch § 1357 BGB könne dann nur ein **obligatorischer** Anspruch auf Einräumung des Miteigentums gewährt werden.

Anders entscheidet der BGH aber bei **Haushaltsgegenständen**.<sup>747</sup> Hier kommt er über zum Miteigentum, sofern die Voraussetzungen des § 1357 BGB vorliegen.<sup>748</sup>

### c. Die organschaftliche Vertretungsmacht

700 Einen Unterfall der gesetzlichen Vertretung bildet die **organschaftliche Vertretung**. Im Gegensatz zur gesetzlichen Vertretung handeln die Organe nicht *für*, sondern *anstatt* der juristischen Person bzw. der rechtsfähigen Personengesellschaft. Denn diese Institutionen sind zwar rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig. Die juristischen Personen bzw. rechtsfähigen Personengesellschaften handeln *durch* ihre Organe.

701 So bestimmt § 26 I S. 2 BGB, dass der Vorstand den **Verein** gerichtlich und außergerichtlich vertritt und dass er die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Aus dieser Formulierung folgt, dass der Vorstand nicht unmittelbar gesetzlicher Vertreter ist, sondern nur *wie* ein gesetzlicher Vertreter behandelt wird. Weitere examensrelevante Fälle der organschaftlichen Vertretung sind in § 78 I AktG (Vorstand für die **AG**) und § 35 I GmbHG (Geschäftsführer für die **GmbH**) geregelt. Bei einer **KG** folgt die Stellvertretung aus dem Umkehrschluss aus § 170 I HGB, wonach der Kommanditist von der Vertretung ausgeschlossen ist, sodass nach § 161 II i.V.m. § 124 HGB der Komplementär gesetzlicher Vertreter ist. Bei einer **OHG** ist gem. § 124 HGB jeder Gesellschafter vertretungsbefugt, wenn sich kein Ausschluss des betreffenden Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, § 124 I HGB. Und bei einer rechtsfähigen **GbR** ergibt sich die Vertretungsmacht aus § 720 BGB, wonach alle Gesellschafter gemeinsam zur Vertretung befugt sind (= gemeinschaftliche Stellvertretung), es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes (siehe dazu bereits Rn 119 ff.).

## 2. Durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht)

702 Die durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht nennt das Gesetz „Vollmacht“ (§ 166 II S. 1 BGB). Sie berechtigt den Bevollmächtigten, Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen den Vertretenen zu besorgen.

### a. Erteilung der Vollmacht

#### aa. Allgemeines

703 Die Vollmacht muss erteilt werden. Gemäß § 167 I BGB stellt die Erteilung der Vollmacht eine **einseitige, empfangs-, aber nicht annahmbedürftige Willenserklärung** dar (sog. Bevollmächtigung). Das bedeutet zunächst, dass sämtliche Vorschriften über Willenserklärungen auch für die Vollmachtserteilung Anwendung finden. Dies kann zu Folgendem führen: Ist der Vollmachtgeber geschäftsunfähig, ist die Vollmacht unwirksam. Das Vertretergeschäft ist dann ebenfalls unwirksam und der ohne Vertretungs-

<sup>745</sup> OLG Schleswig FamRZ 1989, 88; LG Münster NJW-RR 1989, 391; LG Aachen NJW-RR 1987, 712, 713; *Siede*, in: Grüneberg, § 1357 Rn 20; *Schwab*, FamR, Rn 176 f.

<sup>746</sup> BGHZ 114, 74, 75 ff.

<sup>747</sup> Vgl. BGHZ 114, 74, 79 f.

<sup>748</sup> Vgl. im Übrigen R. *Schmidt*, FamR, Rn 130 ff.

macht handelnde Vertreter haftet nach § 179 I oder II BGB (sofern nicht ein Ausschlussstatbestand aus § 179 III BGB greift).<sup>749</sup> Das Gleiche gilt, wenn der Vollmachtgeber in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und es an der erforderlichen Zustimmung von dessen (gesetzlichem) Vertreter fehlt bzw. man die Rechtsfolge aus § 111 BGB anwendet.

**Beispiel:** Der 17-jährige A möchte seinen Motorroller verkaufen. Da er aber verhindert ist, bittet er den Nachbarn V, den Motorroller in seinem Namen zu verkaufen. V kann den Motorroller im Namen des A an B verkaufen. Als die Eltern des A ein paar Tage später von dem Verkauf erfahren, sind sie damit überhaupt nicht einverstanden. Sie verlangen (im Namen des A) von B die Herausgabe des Motorrollers.

Das Herausgabeverlangen könnte sich auf § 985 BGB stützen. Dazu müsste A aber noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es. Er könnte das Eigentum aber gem. § 929 S. 1 BGB an B verloren haben, indem V den Motorroller dem B infolge des Verkaufs mitgab, was als Übereignung i.S.d. § 929 S. 1 BGB angesehen werden könnte. Eine Übereignung setzt u.a. eine dingliche Einigung voraus. A selbst hat nichts gegenüber B erklärt. Möglicherweise wird ihm aber die Einigungserklärung des V gem. § 164 I S. 1 BGB zugerechnet. Das setzt aber eine Vollmacht des V voraus. Zwar hat A ihm eine Vollmacht erteilt, allerdings war A in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 106 BGB). Willenserklärungen eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, durch die dieser nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, bedürfen der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Diese fehlte, sodass die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung an sich von der Genehmigung des Vertreters abhing (§ 108 I BGB). Allerdings handelt es sich bei der Vollmachtserteilung um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das bei fehlender Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gem. § 111 BGB an sich von vornherein unwirksam ist. Dennoch wird auch hier vertreten, § 108 BGB analog anzuwenden und so den Eltern eine Genehmigungsmöglichkeit einzuräumen (vgl. dazu Rn 1046a). Vorliegend verweigern die Eltern des A ihre Zustimmung, sodass die Bevollmächtigung des V so oder so unwirksam ist.

V handelte damit ohne Vertretungsmacht. Infolge der Verweigerung der Genehmigung durch die Eltern des A ist das Vertretergeschäft des V unwirksam (§ 177 I BGB). V konnte nicht wirksam das Eigentum am Motorroller an B übertragen. Das auf § 985 BGB gestützte Herausgabeverlangen ist begründet. Zur weitergehenden Frage der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gegenüber dem Geschäftspartner vgl. Rn 891 ff.

Gibt der Bevollmächtigte nicht ausdrücklich zu erkennen, dass er für sich selbst handelt, ergibt sich jedoch aus den Umständen für den Geschäftsgegner, dass der Handelnde für den Bevollmächtigten tätig wird, wird der wirksam Vertretene selbst dann Vertragspartner, wenn der Bevollmächtigte eigentlich für sich handeln wollte (Umkehrschluss aus § 164 II BGB).

703a

Handelt der Vertreter **ohne Vollmacht**, ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam. Das Schicksal des Rechtsgeschäfts hängt dann von der Genehmigung ab, §§ 177 ff. BGB (vgl. Rn 881 ff.).

704

**Unterfälle der Vollmacht** sind die **Prokura** (§§ 48 ff. HGB) und die **Handlungsvollmacht** (§§ 54 ff. HGB). Bei diesen Vorschriften ist zu beachten, dass sie nur den **Umfang** der Vertretungsmacht regeln, *nicht* deren Bestand. Es handelt sich also gerade **nicht** um Fälle einer *gesetzlichen* Vertretungsmacht, sondern um eine gesetzlich geregelte Vollmacht. Der Bestand einer solchen handelsrechtlichen Vertretungsmacht bemisst sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. Vgl. ausführlich Rn 748 ff.

705

<sup>749</sup> Vgl. dazu auch den Klausurfall von *Thum*, JuS 2014, 418 ff.

## bb. Innen- und Außenvollmacht

- 706 Die Vollmacht kann zunächst als sog. **Innenvollmacht** erteilt werden. Darunter versteht das Gesetz die Erteilung der Vollmacht gegenüber dem Bevollmächtigten, **§ 167 I Var. 1 BGB**.<sup>750</sup>

**Beispiel:** A möchte sein Auto verkaufen. Er hat auch schon einen Interessenten gefunden, den B. Da er jedoch dringend eine Geschäftsreise antreten muss, bittet er den V, den Wagen in seinem Namen an B zu verkaufen. ⇒ Hier liegt eine Willenserklärung in Form einer Vollmachtserteilung gegenüber V vor; Adressat der Erklärung und Inhaber der Vollmacht sind identisch (hier: V).

- 707 Es ist auch möglich, die Vollmacht gegenüber dem potentiellen Geschäftspartner oder Dritten zu erteilen, sog. **Außenvollmacht**, **§ 167 I Var. 2 BGB**.

**Beispiel:** A des obigen Beispiels bevollmächtigt nicht V, sondern ruft bei B an und teilt diesem mit, V sei befugt, den Wagen zu verkaufen. ⇒ Hier liegt im Verhältnis zu B eine Willenserklärung in Form einer Vollmachtserteilung zugunsten des V vor. Adressat der Erklärung und Inhaber der Vollmacht sind nicht identisch. Siehe dazu auch Rn 810.

- 708 Bei der Innenvollmacht steht es dem Geschäftsherrn frei, dem potentiellen Geschäftspartner oder Dritten die erteilte Vollmacht anzuzeigen. Zeigt er sie an, spricht man von „**nach außen kundgetaner Innenvollmacht**“, **§ 171 BGB**.

**Beispiel:** A des obigen Beispiels ruft kurz vor der Abreise noch schnell bei B an und teilt diesem mit, er habe den V bevollmächtigt, den Wagen zu verkaufen. ⇒ Hier liegt im Verhältnis zu B lediglich eine Wissenserklärung vor, keine Willenserklärung. Siehe dazu auch Rn 812.

- 709

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Obwohl sich die nach außen kundgetane Innenvollmacht und die Außenvollmacht einander ähnlich sind und auch leicht verwechselt werden können, sind sie doch voneinander zu trennen. Denn während es sich bei der Außenvollmacht um eine echte **Willenserklärung** handelt, stellt die Mitteilung der Innenvollmacht lediglich eine (deklaratorische) **geschäftsähnliche Handlung** dar. Die Unterscheidung könnte insbesondere dann Bedeutung erlangen, wenn der Vollmachtgeber **anfechten** möchte, da nur Willenserklärungen, nicht jedoch schlichte Wissenserklärungen angefochten werden können. Jedoch setzt die h.M. – jedenfalls soweit es um die Anfechtung geht – die Mitteilung einer Innenvollmacht der Außenvollmacht gleich. Bei der Mitteilung einer Innenvollmacht handele es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, deren Rechtsfolge zwar als gesetzliche Rechtsfolge eintrete, aber doch an ein gewolltes Verhalten anknüpfe und deshalb mit einer Willenserklärung vergleichbar sei, sodass sie ebenfalls angefochten werden könne. Insoweit seien die Anfechtungsregeln analog anwendbar. Vgl. dazu Rn 806-808.

- 710 Einen Sonderfall der nach außen kundgetanen Innenvollmacht stellt die **Vollmachtsurkunde** nach § 172 BGB dar. Diese soll dem Geschäftspartner die Sicherheit geben, dass die Vollmacht wirklich besteht. Letztlich geht es um Vertrauensschutz.<sup>751</sup>

**Beispiel:** A des obigen Beispiels händigt dem V ein Schriftstück aus mit dem Inhalt, dass er diesen bevollmächtige, den Wagen zu verkaufen. Bei B angekommen, zeigt V diesem das Schriftstück.

<sup>750</sup> Vgl. auch BGH NJW 2010, 1203 f.

<sup>751</sup> Zur Vollmachtsurkunde vgl. BGHZ 102, 60, 63; BGH NJW 2002, 2325, 2326; NJW 2003, 2088; OLG Karlsruhe ZIP 2003, 109, 113.

### cc. Form der Vollmachtserteilung

Die Erteilung der Vollmacht ist grundsätzlich **formlos** möglich. Insbesondere bedarf sie gem. **§ 167 II BGB** nicht der Form des Hauptgeschäfts, das der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber tätigen soll. Daher kann die Vollmacht in der Regel **ausdrücklich** oder auch **konkludent** erteilt werden (vgl. aber § 48 I HGB, der für die Erteilung der Prokura eine ausdrückliche Erklärung verlangt). Eine **konkludente** Bevollmächtigung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn Aufgaben übertragen werden, deren ordnungsgemäße Erfüllung eine bestimmte Vollmacht erfordert<sup>752</sup>, ist im Übrigen aber eine Auslegungsfrage.

711

**Beispiel:** G ist in Geldnot. Er bevollmächtigt daher (formgerecht) seinen Freund V, seine im Bayerischen Wald gelegene (Berg-)Hütte bestmöglich zu verkaufen. V gelingt es zwar nicht, die (Berg-)Hütte zu verkaufen, jedoch kann er einen Abnehmer für ein Gemälde, das sich im Wohnbereich der Hütte befindet, finden. Ohne mit G Rücksprache zu halten, verkauft er das Gemälde im Namen des G an D. Ist zwischen G und D ein Kaufvertrag über das Gemälde zustande gekommen?

Ein Kaufvertrag zwischen G und D über das Gemälde ist zustande gekommen, wenn G wirksam von V vertreten wurde. Ob dies der Fall ist, hängt maßgeblich vom Bestehen einer Vertretungsmacht ab. Ausdrücklich hat G den V nicht zum Verkauf des Gemäldes bevollmächtigt. Da G den V aber zum „bestmöglichen“ Verkauf der (Berg-)Hütte bevollmächtigt hat, könnte dies eine stillschweigende Bevollmächtigung auch zum Verkauf des Bildes implizieren, zumal G in Geldnot ist und der Erlös aus dem Verkauf des Gemäldes nicht ungelegen sein könnte. Nimmt man dies an, konnte V wirksam das Gemälde an D verkaufen; anderenfalls kommt eine Zurechnung über den Rechtsscheintatbestand der Anscheinsvollmacht (Rn 837 ff.) in Betracht oder V haftet als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. §§ 177 ff. BGB. Welche Lösung zutreffend ist, ist eine Auslegungsfrage (vgl. dazu Rn 724 ff.).

Der Grund für die grundsätzliche Formfreiheit besteht darin, dass das Hauptgeschäft noch nicht vollzogen ist und der Vollmachtgeber die Vollmacht grundsätzlich jederzeit widerrufen kann (§ 168 S. 2 BGB), sodass der Vollmachtgeber den mit einem Formzwang verbundenen Schutz grundsätzlich nicht bedarf. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann es aber empfehlenswert sein, eine **Vollmachtsurkunde** auszustellen (dazu Rn 814). Ausnahmsweise ist die Vollmachtserteilung jedoch **formbedürftig**. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Parteien eine besondere Form **vereinbaren** oder wenn das **Gesetz** ein entsprechendes Schutzinteresse erkennt und selbst eine besondere Form vorschreibt.

712

**Beispiel:** Die Vollmacht, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags erteilt, muss – wie der Verbraucherdarlehensvertrag selbst – schriftlich erteilt werden (§ 492 I, IV BGB). Die Bevollmächtigung, eine Erbausschlagung vorzunehmen, muss beglaubigt werden (§ 1945 III BGB). Gleiches gilt für die Bevollmächtigung zur Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1484 II BGB). Die Bevollmächtigung zur Ausübung des Stimmrechts bei einer Aktiengesellschaft bedarf der Schriftform (§ 134 III AktG). Die Bevollmächtigung zur Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH bedarf der notariellen Errichtung oder Beglaubigung (vgl. § 2 II GmbHG). Die Prozessvollmacht bedarf der Form des § 80 ZPO.

Darüber hinaus wurde bereits im Rahmen der Abgrenzung zur Botenschaft bei Rn 630 ff. erläutert, dass – zumindest nach Auffassung des BGH – die Bevollmächtigung ausnahmsweise in der für das Vertretergeschäft vorgeschriebenen Form erteilt werden muss, wenn die formfreie Bevollmächtigung im Ergebnis **zu einer Umgehung des** (dem Schutz des Vollmachtgebers dienenden) **Formzwangs** führen würde.

713

<sup>752</sup> *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 167 Rn 1.

**Beispiele:** Die Vollmachtserteilung zu einem **Grundstückskaufvertrag** ist nach Auffassung des BGH trotz des entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts des § 167 II BGB in derselben Weise formbedürftig (notarielle Beurkundung, § 311b I BGB) wie der Grundstückskaufvertrag selbst, und zwar jedenfalls dann, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt wurde.<sup>753</sup> Entgegen § 167 II BGB hat der BGH auch hinsichtlich der Bevollmächtigung zur Abgabe einer **Bürgschaftserklärung** (Schriftform, § 766 S. 1 BGB) entschieden.<sup>754</sup> Diese teleologische Reduktion des § 167 II BGB ist in der Sache sicherlich richtig, allerdings wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Formbedürftigkeit des Vertretergeschäfts auch bei der Vollmachtserteilung berücksichtigte. Nach gegenwärtiger Gesetzeslage führt die Auffassung des BGH dazu, dass dem § 167 II BGB praktisch kein Anwendungsbereich verbleibt und der dort statuierte Grundsatz selbst zur Ausnahme wird. Nicht nachvollziehbar ist es jedenfalls, wenn der BGH hinsichtlich der Bevollmächtigung zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung Schriftform verlangt, er es für die widerrufenlich erteilte Vollmacht zum Abschluss eines **Ehevertrags** (vgl. § 1410 BGB) aber genügen lässt, wenn diese mündlich erteilt wurde.<sup>755</sup>

#### dd. Abstraktheit der Bevollmächtigung

**714** Die Erteilung einer Vollmacht erfolgt i.d.R. nicht losgelöst von einem Grundgeschäft, das der Bevollmächtigte tätigen soll. So liegen bspw. der Bevollmächtigung zum Kauf einer Sache zumeist ein **Auftrag** (§ 662 BGB) oder eine entgeltliche **Geschäftsbesorgung** (§ 675 BGB) zugrunde. Als Grundgeschäft kommt aber auch ein **Dienstvertrag** (§ 611 BGB) bzw. ein **Arbeitsvertrag** (§ 611a BGB) in Betracht.

**715** Rechtlich ist die Vollmacht von dem Rechtsgeschäft, das ihr zugrunde liegt (sog. Grundverhältnis), zu unterscheiden. Denn aus dem Grundverhältnis ergeben sich die Rechte und Pflichten im Innenverhältnis für Vertreter und Vertretenen, wohingegen die Vollmacht in erster Linie im Außenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Geschäftspartner wirkt.

**Beispiel:** A beauftragt den V, bei B 100 Mobiltelefone zu kaufen. Hinsichtlich des Modells und des Preises lässt er ihm freie Hand.

Hier liegt in Ermangelung entgegenstehender Informationen im **Grundverhältnis** ein **Auftrag** vor (§ 662 BGB). Dieser Vertrag verpflichtet den V, das Geschäft unentgeltlich für A zu besorgen. Sollte V die Mobiltelefone bei B körperlich entgegennehmen, verpflichtet ihn § 667 BGB, diese an A herauszugeben.

In der Beauftragung liegt zudem eine **Bevollmächtigung** (§ 167 I Var. 1 BGB), die (im Außenverhältnis) ein Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen A und B bewirkt, indem V bei B die Telefone im Namen des A kauft.

**716** Wengleich wirtschaftlich gesehen ein einheitlicher Zusammenhang besteht, ist in juristischer Sicht die **Vollmachtserteilung** (= Bevollmächtigung) ein vom Grundgeschäft, vorliegend dem Auftrag, unabhängiges, also **selbstständiges Rechtsgeschäft**. Das wirft die Frage auf, ob Fehler im Grundgeschäft Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vollmacht haben.

**717** Jedenfalls für die **Außenvollmacht** und die nach **außen kundgetane Innenvollmacht** gilt aus Gründen des Verkehrsschutzes im Grundsatz, dass sie (bei ihrer Entstehung) **abstrakt**, d.h. **unabhängig** vom Grundgeschäft sind. Die wirksam erteilte Vollmacht bleibt danach z.B. auch dann bestehen, wenn das Grundgeschäft (wegen einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Einwendung) nichtig ist, weil in diesen Fällen

<sup>753</sup> BGHZ 89, 41, 47; 125, 218, 219. Vgl. auch *Neuner*, AT, § 50 Rn 21.

<sup>754</sup> BGHZ 132, 119, 124 f.

<sup>755</sup> BGH NJW 1998, 1857, 1858; dazu *Kanzleiter*, NJW 1999, 1612 ff.

die isolierte Wirksamkeit zum Schutz des Geschäftspartners sachgerecht erscheint (**stellvertretungsrechtliches Abstraktionsprinzip**).<sup>756</sup>

Problematisch ist hingegen, ob das stellvertretungsrechtliche Abstraktionsprinzip auch bei der **Innenvollmacht** gilt. Virulent wird das Problem, wenn die Innenvollmacht selbst keiner Beschränkung unterliegt, eine Beschränkung sich aber aus dem Grundverhältnis (etwa dem Auftrag oder dem Arbeitsvertrag) ergibt. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob sich Beschränkungen aus dem Grundverhältnis auf die Vollmachtserteilung (also auf die Stellvertretungsmacht) erstrecken.<sup>757</sup>

718

**Beispiel:** V ist bei A, einem Onlinehändler für Smartphones, angestellt und für den Verkauf zuständig. Die Verkaufspreise solle er mit ca. 20% Gewinnmarge kalkulieren. Ohne Rücksprache mit A verkauft V jedoch im Rahmen einer eigenmächtig organisierten Werbeaktion („20% Rabatt auf alles“) 50 Smartphones der Marke X an verschiedene Kunden. A ist nun der Meinung, die Geräte nicht ausliefern zu müssen, da V seine Vollmacht überschritten habe, wodurch kein Vertrag zwischen A und den Kunden zustande gekommen sei.

Sollte eine Zurechnung gem. § 164 I BGB gegeben sein, muss A ausliefern, weil er dann Kaufverträge mit den Kunden hätte und gem. § 433 I S. 1 BGB zur Lieferung verpflichtet wäre. Die V erteilte Vollmacht selbst war nicht beschränkt, sodass eine Zurechnung gem. § 164 I BGB in der Tat gegeben sein könnte. Andererseits ist die Zurechnung fraglich, da V gegen eine interne Weisung aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen hat. Denn V war aufgrund des zwischen ihm und Vollmachtgeber A bestehenden Arbeitsverhältnisses (§ 611a BGB) verpflichtet, die Interessen seines Arbeitgebers zu wahren. Dazu gehörte, dass er die Verkaufspreise mit ca. 20% Gewinnmarge kalkulieren soll. Folglich war bzw. ist V verpflichtet, die Vollmacht in einer die Interessen des A wahren Form einzusetzen. Das könnte dazu führen, von einem Fehlen der Vertretungsmacht auszugehen und eine Zurechnung über § 164 I S. 1 BGB zu verneinen.

⇒ Tatsächlich wird teilweise die reine Innenvollmacht **nicht für abstrakt** gehalten. Der Zweck des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsgrundsatzes, der Verkehrsschutz, greife bei der reinen Innenvollmacht nicht, weil der Rechtsverkehr mangels eines verkehrsbezogenen Kundgebungsaktes nicht schutzwürdig sei.<sup>758</sup>

Folge dieser Auffassung ist, dass eine Zurechnung der Willenserklärung nicht stattfindet. V haftet dann gegenüber den Kunden als Vertreter ohne Vertretungsmacht, und zwar auf Erfüllung oder auf das positive Interesse, § 179 I BGB, da er den Mangel der Vertretungsmacht kannte.

⇒ Nach h.M. ist v.a. aus Gründen des Verkehrsschutzes auch die reine Innenvollmacht **abstrakt**. Der Geschäftspartner solle sich grundsätzlich auf die Zurechenbarkeit der Vertretererklärung verlassen können. Der Schutz des Geschäftsherrn gegenüber dem Vertreter sei ausreichend über §§ 280 ff. BGB gewährleistet.<sup>759</sup>

Folge dieser Auffassung ist, dass eine Zurechnung der Willenserklärung stattfindet. A wird Vertragspartner der Kunden, kann aber gem. §§ 280 I, 241 II BGB V im Innenverhältnis auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

Stellungnahme: Es wäre unzumutbar, wenn potentielle Vertragspartner sich stets zunächst beim Geschäftsherrn des Vertreters über etwaige Beschränkungen im stellvertretungsrechtlichen Grundverhältnis erkundigen müssten – jedenfalls dann, wenn für sie keine Anhaltspunkte bestehen, an der Reichweite der Vertretungsmacht zu zweifeln. Dass V arbeitsrechtliche Pflichten verletzt, also gegen das „rechtliche Dürfen“ verstieß, kann sie

<sup>756</sup> Ganz h.M.; vgl. nur *Neuner*, AT, § 50 Rn 7; *Schubert*, in: MüKo, § 164 Rn 221; *Maier-Reimer*, in: Erman, Vorb § 164 Rn 2 ff.; *Lieder*, JuS 2014, 393, 395; anders wohl nur bei sog. Fehleridentität (vgl. etwa BGH NJW-RR 2007, 1202, 1203 f.).

<sup>757</sup> Davon streng zu trennen ist die Konstellation, in der der Vertreter die Beschränkung der Innenvollmacht missachtet und aus diesem Grund die Vollmacht überschreitet, siehe dazu Rn 727 f.

<sup>758</sup> *Medicus/Petersen*, AT, Rn 949; *Petersen*, Jura 2004, 829, 832; *Schilken*, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn 34.

<sup>759</sup> *Schubert*, in: MüKo, § 164 Rn 209; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 164 Rn 13; *Neuner*, AT, § 49 Rn 100; *Lieder*, JuS 2014, 681, 682; *Helgardt/Majer*, WM 2004, 2380, 2383; *Brox/Walker*, AT, Rn 551/579.

nicht belasten. Nicht zuletzt ist entscheidend, dass A es war, der den V eingebunden hat. Ein weisungswidriges Verhalten des V ist Bestandteil der Risikosphäre des A. Daher muss sich A im Zweifel auch das Fehlverhalten des V zurechnen lassen, zumal für die Kunden auch keine Anhaltspunkte hinsichtlich der Begrenzung des „rechtlichen Dürfens“ ersichtlich waren. Diese haben sich auf das „rechtliche Können“ des V verlassen und durften von einem wirksamen Vertragsschluss mit A ausgehen. Schließlich geht auch § 164 I BGB von einer Zurechnung trotz Verstoßes gegen Pflichten aus dem Innenverhältnis aus, indem er allein auf das Bestehen und den Umfang der Vollmacht abstellt.

Folge: Pflichtverletzungen im zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bestehenden Grundverhältnis (Verstöße gegen das „rechtliche Dürfen“) sind im Außenverhältnis unbeachtlich. Der redliche Rechtsverkehr ist schutzwürdiger als A. Dieser hat daher die vertragliche Pflicht gem. § 433 I S. 1 BGB, die Smartphones an die Kunden zu liefern. Immerhin kann A den Schaden, den er aufgrund der Zurechnung erleidet, über §§ 280 I, 241 II BGB an V „weiterreichen“. Die Durchsetzung eines solchen Anspruchs ist dann ebenfalls Bestandteil der Risikosphäre des A; vgl. dazu auch den Übungsfall bei Rn 729.

Fazit: Das Auseinanderfallen von rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen ist infolge des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzips ohne Einfluss auf die Vollmacht. Für die Wirkung des § 164 I BGB kommt es ausweislich seines klaren Wortlauts nur auf das Bestehen und den Umfang der Vertretungsmacht an.

- 719** Fraglich ist schließlich, ob Bevollmächtigung und Grundverhältnis zu einem einheitlichen Geschäft i.S.d. **§ 139 BGB** verbunden sein können. Folge wäre, dass bei Nichtigkeit des Grundverhältnisses im Zweifel auch die Vollmacht nichtig wäre.

**Beispiel:** Der in die Jahre gekommene emeritierte Juraprofessor P hatte gehofft, auch noch die letzten beiden Jahre seines Berufslebens ohne PC auskommen zu können. Stets hatte er dem Verlag, über den er sein Lehrbuch veröffentlicht, hand- und teilweise auch maschinengeschriebene Manuskripte zugeschickt. Nun aber verlangt der Verlag Word-Dateien. Da solche Dateien jedoch nur mit einem Computer erstellt werden können und P keine Ahnung hat, welches Gerät zweckdienlich ist, „beauftragt“ er den 17-jährigen M aus der Nachbarschaft, ihm einen adäquaten Computer zu kaufen. Die Eltern des M sind damit überhaupt nicht einverstanden, da sie befürchten, M könnte sich irgendwie haftbar machen. Immerhin lehrte P Haftungsrecht. M erwirbt dennoch im Namen des P einen Computer. Ist ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen?

Ein Kaufvertrag setzt zwei aufeinander bezogene und inhaltlich einander entsprechende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, voraus.

P hat selbst keine entsprechende Willenserklärung gegenüber dem Computerverkäufer abgegeben. Eine solche hat aber M abgegeben. Diese ist dem P gem. § 164 BGB zuzurechnen, wenn die Voraussetzungen einer Stellvertretung vorliegen.

M hat eine eigene Willenserklärung abgegeben, da er gerade selbst über Typ und Modell entscheiden sollte. M hat zudem im Namen des P gehandelt. Auch eine Vollmacht wurde ihm ausdrücklich von P erteilt. Dieser Vollmachtserteilung steht auch nicht die Minderjährigkeit des M entgegen (vgl. § 131 II BGB): Zum einen ist die Vollmachtserteilung ein einseitiges Rechtsgeschäft, das keine eine Willenserklärung darstellende Annahmeerklärung des Bevollmächtigten und daher auch keine Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters erfordert. Zum anderen stellt § 165 BGB klar, dass auch ein Minderjähriger Vertreter sein kann, weil der Stellvertreter aus dem Vertretergeschäft selbst nicht unmittelbar verpflichtet wird, es für ihn ein rechtlich neutraler Vorgang ist. Mithin ist die Vollmacht des M wirksam.

Allerdings ist das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsgeschäft – ein Auftrag gem. § 662 BGB – unwirksam, da es sich insoweit um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft handelt, dessen Zustandekommen eine Willenserklärung des M erfordert. Der Auftrag ist für M nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er bestimmte Pflichten begründet (Rn 715). Die

Eltern des M als gesetzliche Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB) haben nicht zugestimmt, §§ 107, 108 BGB.

M hat daher nur dann wirksam eine Willenserklärung für P abgegeben, wenn die Vollmacht trotz nichtigen Grundgeschäfts wirksam war. Nach einem Teil der Literatur<sup>760</sup> sowie nach der Rspr.<sup>761</sup> ist auch für diese Fälle § 139 BGB anwendbar mit der Folge, dass im Zweifel auch die Vollmacht nichtig ist. Nach der Gegenansicht<sup>762</sup> ist die Anwendung des § 139 BGB auf das Verhältnis zwischen Vollmacht und Grundgeschäft mit dem stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsgrundsatz nicht zu vereinbaren. Zum Schutz des Geschäftspartners, für den grundsätzlich nur das Außenverhältnis zwischen ihm und dem Vertretenen maßgeblich sei (dazu Rn 717 f.), müsse insoweit Zurückhaltung geübt werden. Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn der Vertreter minderjährig ist und durch die Anwendung des § 139 BGB keinen Nachteil erfährt.

M ist minderjährig. Auch würde er durch die Anwendung des § 139 BGB keinen Nachteil erfahren, weil die Eltern nicht zugestimmt haben und er daher wegen § 179 III S. 2 BGB nicht haften würde. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist es daher angebracht, einen wirksamen Kaufvertrag zwischen P und dem PC-Händler zu bejahen.

Somit hat M mit wirksamer – isolierter – Vollmacht den Kaufvertrag mit Wirkung für und gegen P abgeschlossen.

Zur Frage, wie sich das **Erlöschen des Grundgeschäfts** auf die Vollmacht auswirkt, 720  
vgl. Rn 776 ff.

### ee. Arten und Umfang der Vollmacht

#### a.) Arten der Vollmacht

Nach **Umfang und Art der Vollmacht** wird allgemein zwischen Spezial-, Gattungs- und 721  
Generalvollmacht unterschieden.<sup>763</sup>

- Durch die **Spezialvollmacht** wird der Bevollmächtigte (nur) zur Vornahme eines *einzel-* 722  
*nen, ganz bestimmten Rechtsgeschäfts* ermächtigt.

**Beispiel:** Da P des obigen Beispiels den M ausschließlich beauftragt hat, für ihn einen Computer zu kaufen, besitzt M nur eine Spezialvollmacht bezüglich des Kaufs eines Computers. Würde M darüber hinaus einen Drucker, Scanner etc. kaufen, handelte er diesbezüglich ohne Vertretungsmacht.

- Eine **Gattungsvollmacht** liegt vor, wenn jemand für eine *bestimmte Art* von Rechtsge- 723  
*schäften* oder für *Geschäfte* in einem *bestimmten Tätigkeitsbereich* bevollmächtigt wird.

**Beispiele:** Bank- oder Inkassovollmacht; Geschäfte der Hausverwalter, Einkäufer in einer bestimmten Abteilung eines Warenhauses, Kellner, Kassierer etc.

- Die **Generalvollmacht** ist dadurch gekennzeichnet, dass jemand zur Vornahme *aller* 724  
*Rechtsgeschäfte* befugt ist, bei denen eine Vertretung gesetzlich zulässig ist.

**Beispiel:** Die 86-jährige O ist dem Alltagsstress nicht mehr gewachsen. Daher bittet sie ihren Sohn, den gesamten Rechtsverkehr für sie zu erledigen.

Da die Generalvollmacht sehr weit reicht, ist im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob nicht doch eine gewisse Beschränkung vorliegt.<sup>764</sup> So sind völlig außerge-

<sup>760</sup> Edelmann, DB 2001, 687, 688; Ganter, WM 2001, 195; Köhler, AT, § 11 Rn 26; Boecken, AT, Rn 632.

<sup>761</sup> BGHZ 110, 363, 369; 102, 60, 62; BGH WM 1964, 182, 183; WM 1970, 1294, 1295; NJW 1980, 41, 43; WM 1985, 596, 597; NJW 1992, 1662, 1664.

<sup>762</sup> Stadler, AT, § 30 Rn 16.

<sup>763</sup> Vgl. auch Neuner, AT, § 50 Rn 39 ff.

<sup>764</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931.

wöhnliche Rechtsgeschäfte und Rechtsgeschäfte, die den Vertretenen erkennbar und eindeutig schädigen, in der Regel nicht mehr von der Vollmacht gedeckt.<sup>765</sup> In der Bestimmung, dass der Generalbevollmächtigte die Interessen des Vollmachtgebers zu wahren hat, ist aber keine Beschränkung der Vollmacht zu sehen.<sup>766</sup>

- 725 Im Interesse des Verkehrsschutzes hat in bestimmten Fällen der Gesetzgeber den Umfang der Vollmacht bestimmt.

### Beispiele:

- (1) Der **Prokurist** ist zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB). Eine Beschränkung seiner Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 I HGB).<sup>767</sup> Daraus folgt: Rechtsgeschäftliche Beschränkungen im Innenverhältnis sind zwar möglich, diese wirken aber nicht im Außenverhältnis, also nicht gegenüber Geschäftspartnern. Verstöße gegen interne Weisungen berühren also nicht die Wirksamkeit der Stellvertretung im Außenverhältnis. Sie führen lediglich zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen bzw. zu Schadensersatzansprüchen unter dem Aspekt der Pflichtverletzung (§ 280 I BGB, sofern keine Spezialnorm greift). Vgl. dazu Rn 753 ff.
- (2) Bei sonstigen **Handelsgeschäften** ist der Umfang der Vollmacht insbesondere in den §§ 54, 55 HGB geregelt. Vgl. hierzu Rn 764 ff. und 775 ff.

### b.) Bestimmung der Reichweite der Vollmacht durch Auslegung

- 726 Bereits bei der Generalvollmacht wurde gesagt, dass im Zweifel eine Bestimmung der Reichweite der Vollmacht durch Auslegung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) erforderlich werden kann. Entscheidend ist dabei der **objektive Empfängerhorizont**. Bei einer Außenvollmacht kommt es somit darauf an, wie ein unbefangener Dritter in der Position des (künftigen) Geschäftspartners die Erklärung des Vollmachtgebers unter Einbeziehung sämtlicher – ihm bekannter – Umstände verstehen durfte. Bei der Innenvollmacht ist entsprechend auf die objektiviertete Sicht des Bevollmächtigten abzustellen. Bei der Auslegung kann hier auch das Grundverhältnis, insbesondere sein Zweck, einbezogen werden. Ist demnach eine Vollmacht anzunehmen, kann sich der Geschäftsherr der Bindung nicht mit der Begründung entziehen, er habe den Handelnden nicht oder nicht so bevollmächtigen wollen. In Betracht kommt aber eine Anfechtung der objektiv gegebenen Vollmachtserteilung, vgl. dazu Rn 793 ff. Auch stellt sich mitunter die Frage, ob die Vollmacht auch die Befugnis zur Anfechtung des Vertretergeschäfts erfasst, siehe dazu Rn 1454.

### c.) Überschreitung der Vollmacht

- 727 Fraglich ist, welche Auswirkungen Beschränkungen der Innenvollmacht im Außenverhältnis haben. Namentlich geht es um das **Überschreiten der Vollmacht**.<sup>768</sup> Dies kann darin zu sehen sein, dass der Vertreter ein Limit überschreitet oder einen Vertrag schließt, dessen Gegenstand nicht von der Vollmachtserteilung gedeckt ist. Die Problematik soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden.

**Beispiel:** Dem V, Leiter Einkauf bei der B-GmbH, wurde vom Geschäftsführer der B, dem G, Vollmacht erteilt, jedoch mit der Beschränkung, er dürfe Verträge nur bis zu einem Auftragsvolumen von 10.000 € abschließen. Verträge, die dieses Volumen überschreiten, bedürften der vorherigen Genehmigung des G. Ein paar Tage später kaufte V im Namen

<sup>765</sup> Jousen, WM 1994, 273, 276; Ellenberger, in: Grüneberg, § 167 Rn 7.

<sup>766</sup> Ellenberger, in: Grüneberg, § 167 Rn 7.

<sup>767</sup> Vgl. auch § 37 II GmbH, wonach Beschränkungen der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers gegenüber Dritten keine rechtliche Wirkung haben.

<sup>768</sup> Davon abzugrenzen ist die Konstellation, in der der Vertreter Pflichten aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (dem Grundgeschäft) verletzt, nicht aber vollmachtswidrig handelt; siehe dazu Rn 718.

der B-GmbH bei der X-AG drei neue Kopiergeräte für den Geschäftsbetrieb. Der Gesamtwert des Auftrags betrug 12.000 €. Ursprünglich sollte der Kaufpreis pro Kopiergerät 5.000 € betragen. Aufgrund des guten Verhandlungsgeschicks des V und der Bestellmenge von 3 Stück gelang es ihm, den Gesamtpreis von 12.000 € zu vereinbaren. Die Kopiergeräte sollten eine Woche später in der Niederlassung der B-GmbH übergeben werden. Der Kaufpreis sollte in der Zwischenzeit durch Vorabüberweisung gezahlt werden. Doch als V die Finanzbuchhalterin F anwies, den Rechnungsbetrag zu überweisen, verweigerte diese die Ausführung mit Verweis auf den hohen Betrag. Sie werde erst dann überweisen, wenn G dies genehmige. G erklärte daraufhin (auch gegenüber dem Vertreter der X-AG), dass die Fa. B an den Kopiergeräten kein Interesse habe; das Verhalten des V sei „eigenmächtig“ gewesen. Kann die X-AG gleichwohl Zahlung des Kaufpreises verlangen?

- ⇒ Denkbar ist zunächst, dass Beschränkungen der Vollmacht den Umfang der Vollmacht unberührt lassen. Folge dieser Annahme wäre, dass die Vollmacht im Außenverhältnis (also das rechtliche Können) weiter reichte als das der Vollmacht innewohnende rechtliche Dürfen. Es lägen mithin eine Zurechnung der Vertretererklärung und damit ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn (vorliegend der B-GmbH) und dem Dritten (vorliegend der X-AG) vor. Der Vertreter (vorliegend V) wäre später immerhin im Innenverhältnis gegenüber dem Vertretenen wegen Verletzung der Vertragspflichten schadensersatzpflichtig (aus §§ 280 I, 241 II BGB, sofern keine Spezialnorm wie etwa § 678 BGB greift).
- ⇒ Möglich ist aber auch die gegenteilige Annahme, dass also das Handeln des Vertreters nicht von der Vertretungsmacht gedeckt sei, wenn dieser gegen die Beschränkung der Vollmacht verstößt. Folgte man dem, bestünde keine Zurechnung; der Vertreter handelte als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Durch das weisungswidrig abgeschlossene Geschäft würde der Vertretene (vorliegend die B-GmbH) weder berechtigt noch verpflichtet. Es bestünde aber die Möglichkeit der Genehmigung (§ 177 BGB); bliebe diese aus, griffe § 179 BGB und V haftete als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung oder Schadensersatz (§ 179 I BGB) bzw. auf Ersatz des Vertrauensschadens (§ 179 II BGB).

Für die zuerst genannte Überlegung spricht der Verkehrsschutz. Ähnlich wie beim Auseinanderfallen zwischen der Vollmacht und dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (Rn 718) könnte man daher eine Zurechnung fordern. Dagegen sprechen allerdings der klare Wortlaut des § 164 I BGB („innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“) und die gesetzliche Systematik der §§ 177-179 BGB. Bei Überschreitung der Vertretungsmacht handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht; eine Zurechnung über § 164 I BGB findet nicht statt. Der Vertreter (vorliegend V) haftet nach § 179 BGB, sofern keine Genehmigung (§ 177 BGB) erteilt wird.<sup>769</sup>

Ergebnis: Auf der Basis der auch hier vertretenen ganz h.M. kann die X-AG nicht von der B-GmbH Zahlung des Kaufpreises verlangen, weil V die B-GmbH aufgrund der Überschreitung der Innenvollmacht und der ausgebliebenen Genehmigung nicht wirksam vertreten hat. Es ist mithin kein Vertrag zwischen der B-GmbH und der X-AG zustande gekommen, der eine Kaufpreiszahlungspflicht begründet hätte.

Weiterführende Hinweise: Eine „Korrektur“ dieser Folge findet allenfalls über die Figuren der Anscheins- oder Duldungsvollmacht statt (dazu Rn 825 ff.), die aber vorliegend aufgrund fehlender Sachverhaltsangaben nicht einschlägig sind. Möchte der Geschäftsgegner das Risiko, dass eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht nicht vorliegt und dass der dann nur bestehende Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht uneinbringlich ist, ausschließen, bleibt ihm selbstverständlich unbenommen, sich nicht auf das Vertretergeschäft einzulassen, sollte ihm nicht das Bestehen der Vertretungsmacht nachgewiesen werden. Im Übrigen hätte sich die vorstehende Problematik nicht gestellt, wenn V wirksam

728

<sup>769</sup> Das ist (ganz) h.M., vgl. nur *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 164 Rn 13; *BeckOK-Schäfer*, § 164 Rn 35; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 927/932. Auch der BGH scheint davon auszugehen, dass eine Überschreitung der Innenvollmacht nicht dazu führt, dass das Vertretergeschäft dem Vertretenen zugerechnet wird (BGH NJW 2015 1510, 1511).

Prokura erteilt worden wäre (siehe dazu Rn 757) bzw. der Vertreter der X-AG die Überschreitung der Befugnis gekannt hätte oder hätte kennen können.

**729** Ob im konkreten Fall durch Erteilung von internen Weisungen/Vorgaben eine Begrenzung der Vollmacht stattfindet und ob eine Nichtbeachtung von Weisungen/Vorgaben zu einem Überschreiten der Vollmacht und zur Verneinung der Zurechnung des Vertretergeschäfts führt, ist im Übrigen durch Auslegung zu ermitteln.

**Beispiel:** Antiquitätenhändler H plant eine Erkundungsreise. Vor der Abreise bittet er den V, für ihn einen nautischen Kompass aus dem 18. Jahrhundert zu verkaufen. Allerdings soll V möglichst einen Preis von wenigstens 1.500 € erzielen. Schon nach einer Woche findet V einen Käufer (K) und veräußert den Kompass im Namen des H zu einem Preis von 1.000 € an den K. Kann K von H die Übereignung des Kompasses verlangen?

**Variante:** Wie im Ausgangsfall, nur diesmal erteilt H dem V die Weisung, den Kompass nicht unter 1.500 € zu verkaufen.

Im Ausgangsfall könnte sich der Anspruch des K gegen H auf Übereignung des Kompasses aus § 433 I S. 1 BGB ergeben. Dazu müsste zwischen den beiden ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein, § 433 BGB. Ein Kaufvertrag setzt zwei aufeinander bezogene und inhaltlich einander entsprechende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, voraus. H hat selbst keine diesbezügliche Willenserklärung abgegeben. Eine solche hat aber V abgegeben. Diese könnte H gem. § 164 I S. 1 BGB zuzurechnen sein.

Eine eigene Willenserklärung des V liegt vor. Diese hat er auch im Namen des H abgegeben. Fraglich ist allein, ob V Vertretungsmacht besessen hat.

H hat V eine Vollmacht in Form der Innenvollmacht (§ 167 I Var. 1 BGB) erteilt. Allerdings war diese Innenvollmacht mit der Maßgabe erteilt, V solle möglichst einen Preis von wenigstens 1.500 € erzielen. V könnte also außerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben, indem er den Kompass für 1.000 € an K verkaufte.

Der Umfang einer Vertretungsmacht ist im Zweifel durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln und bestimmt sich nach Maßgabe der Bevollmächtigung. Bei der Innenvollmacht ist insbesondere das Grundverhältnis zu berücksichtigen.

H hat V beauftragt, den Kompass zu verkaufen, allerdings mit der Einschränkung, möglichst einen Kaufpreis von 1.500 € zu erzielen. Das Wort „möglichst“ deutet darauf hin, dass V gegebenenfalls auch nach unten hin abweichen darf, wenn sich der gewünschte Preis nicht realisieren lässt. Daher ist anzunehmen, dass die Vollmacht nicht die zwingende Vorgabe enthält, wenigstens 1.500 € zu erzielen.

Folgt man dieser Auslegung, wirkt gem. § 164 I S. 1 BGB die Erklärung des V für und gegen H. Ein Kaufvertrag zwischen K und H liegt damit vor. K ist mithin berechtigt, von H die Übereignung des Kompasses zu verlangen (a.A. vertretbar mit dem Argument, es habe kein Grund vorgelegen, die Sollvorgabe zu missachten, was zur Überschreitung der Vertretungsmacht geführt habe; dann aber wäre eine Anscheinsvollmacht zu prüfen).

Findet also eine Zurechnung gem. § 164 I BGB statt, ist ein Schadensersatzanspruch des H gegen den V aus § 280 I BGB wegen schuldhafter Verletzung der Pflichten aus dem Auftragsverhältnis denkbar. Freilich trägt H die Beweislast dafür, dass er (oder V) den Kompass auch für 1.500 € hätte veräußern können (er also einen Schaden hat, weil V „nur“ 1.000 € erzielte). Während ihm dieser Nachweis noch gelingen könnte, ist ein Verschulden des V wohl zu verneinen, da V keine strikte Vorgabe hatte, wenigstens 1.500 € zu erzielen.

Auch in der **Variante** ist bei der Auslegung der Bevollmächtigung auf die Vollmachtserteilung zu schauen. Anders als im Ausgangsfall hatte V hier die strikte Vorgabe, den Kompass nicht unter 1.500 € zu verkaufen. Daher ist anzunehmen, dass die Vollmacht insoweit begrenzt war und V einen Verkauf des Kompasses nur für mindestens 1.500 € vornehmen durfte. Der Verkauf für 1.000 € stand damit außerhalb der zwingenden Vorgabe. Fraglich ist die sich daraus ergebende Folge.

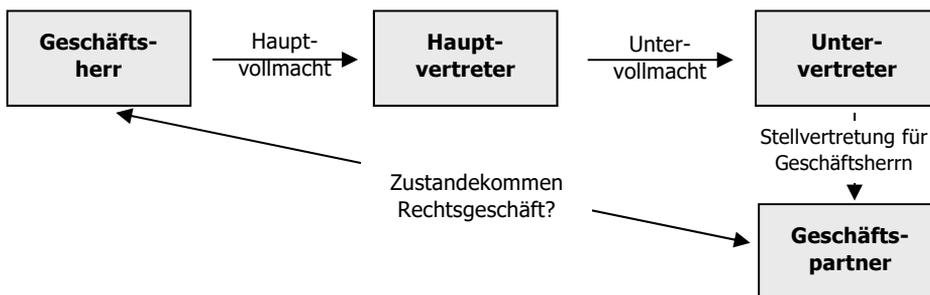
- ⇒ Es lässt sich der Standpunkt vertreten, dass eine Vertretungsmacht nicht bestanden habe. Für V ergäben sich die Rechtsfolgen dann aus §§ 177 ff. BGB. Er haftete dem K gem. § 179 I BGB auf Schadensersatz, sofern H nicht das Geschäft genehmigte.
- ⇒ Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, dass in Konstellationen der vorliegenden Art der Verkehrsschutz überwiege und eine Vertretungsmacht daher (unmittelbar aus § 164 BGB oder wegen § 242 BGB) bestehe.
- ⇒ Der zuerst genannte Standpunkt ist der der h.M. und entspricht auch dem Wortlaut des § 164 I BGB („innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“). Für eine teleologische Auslegung der Norm ist trotz des Bedürfnisses des K nach Verkehrsschutz kein Raum, da der Gesetzgeber eine klare Regelung zugunsten des Geschäftsherrn getroffen hat. Die Interessen des Geschäftsgegners sind nach Auffassung des Gesetzgebers hinreichend über § 179 BGB gewahrt. Möchte dieser das Risiko, dass sein Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht uneinbringlich ist, ausschließen, bleibt ihm selbstverständlich unbenommen, sich nicht auf das Vertretergeschäft einzulassen, sollte ihm nicht das Bestehen der Vertretungsmacht nachgewiesen werden.

V hat außerhalb der „ihm zustehenden Vertretungsmacht“ gehandelt, was die Anwendbarkeit der §§ 177-179 BGB zur Folge hat. Sollte H nicht genehmigen, ist kein Kaufvertrag zwischen ihm und K zustande gekommen, der H verpflichtete, den Kompass (für 1.000 €) an K zu übereignen.<sup>770</sup>

#### d.) Untervollmacht

Erteilt der Geschäftsherr einer Person eine Vollmacht, wird diese Vollmacht als **Hauptvollmacht** bezeichnet. Das ist der bisher behandelte Normalfall. Es ist aber auch denkbar, dass der Hauptbevollmächtigte die Vollmacht an eine weitere Person „weiterleitet“, diese also ermächtigt, den Geschäftsherrn zu vertreten. Diese weitere Vollmacht wird als **Untervollmacht** bezeichnet.<sup>771</sup>

730



#### aa.) Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung; Umfang der Vertretungsmacht

Ob der Hauptvertreter einem Dritten Untervollmacht erteilen darf, ist – jedenfalls bei einer **rechtsgeschäftlich** erteilten Hauptvollmacht – eine Auslegungsfrage (§§ 133, 157 BGB)<sup>772</sup> und wird – ohne ausdrückliche Regelung – regelmäßig anzunehmen sein, wenn der Geschäftsherr kein erkennbares Interesse an der persönlichen Wahrnehmung der Vertretungsmacht durch den (Haupt-)Bevollmächtigten hat.<sup>773</sup> Dieser kann dann den Untervertreter im Namen des Vertretenen bevollmächtigen.<sup>774</sup>

731

<sup>770</sup> H kann dann aber gem. §§ 280 I, 241 II BGB V wegen Verletzung einer Pflicht aus dem Grundverhältnis auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. (Vorrangig) denkbar ist auch ein Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 678 BGB). Eine solche liegt vor, wenn die Übernahme der Geschäftsführung weder dem objektiven Interesse des Geschäftsherrn noch dessen Willen entspricht (R. Schmidt, SchuldR BT II, Rn 104 ff.).

<sup>771</sup> Vgl. auch Neuner, AT, § 50 Rn 33.

<sup>772</sup> OLG Frankfurt VersR 1976, 172, 173.

<sup>773</sup> Brox/Walker, AT, Rn 548 mit Verweis auf BGH WM 1959, 377. Vgl. auch OLG Frankfurt VersR 1976, 172, 173.

<sup>774</sup> So auch Schilken, in: Staudinger, § 167 Rn 61 f.

Die wirksame **Untervertretung** setzt sowohl eine *wirksame Vertretungsmacht des Hauptvertreters* (Hauptvollmacht) als auch eine *wirksame Untervollmacht* voraus.

- 732** Indiz für die Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung kann neben dem fehlenden persönlichen Interesse des Geschäftsherrn an der ausschließlichen Hauptvollmacht auch der Umfang der Hauptbevollmächtigung sein.

So kann zum **Beispiel** ein Generalbevollmächtigter regelmäßig Unterbevollmächtigte bestellen. Auch wird ein Abteilungsleiter (arbeitsrechtlich i.d.R. ein Leitender Angestellter) dazu bevollmächtigt sein, Untervollmachten zu erteilen (das gilt jedenfalls bei Bestehen einer Prokura).

- 733** Beruht die Hauptvollmacht aber auf einem ganz besonderen Vertrauen des Vollmachtgebers, **schließt** dieser Umstand die Erteilung einer Untervollmacht regelmäßig **aus**.<sup>775</sup>

So kann zum **Beispiel** ein Kassenwart eines Sportvereins, der die Vollmacht zum Empfang von Spendengeldern hat, hierfür keine Untervollmacht an eine beliebige andere Person erteilen.<sup>776</sup>

- 734** Die **gesetzliche** Vertretungsmacht deckt i.d.R. die Erteilung einer Untervollmacht, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. Ebenso deckt die organschaftliche Vertretung grundsätzlich die Erteilung weiterer Vollmachten, jedoch nicht die Erteilung der Generalvollmacht an ein Nichtorgan.<sup>777</sup>

- 735** Fehlen eine *wirksame Vertretungsmacht des Hauptvertreters* (Hauptvollmacht) oder eine *wirksame Untervollmacht*, handelt der Untervertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht (mit der Folge aus § 179 BGB, sofern eine Genehmigung gem. § 177 BGB ausbleibt). Im Übrigen gelten für die Wirksamkeit der Untervertretung dieselben Kriterien wie für die „normale“ Vertretung. So muss der **Untervertreter eine eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgeben**. Für die Wirksamkeit der Untervertretung ist es aber nicht erforderlich, dass er die Untervertretung offenlegt.<sup>778</sup> Es genügt, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass er den Geschäftsherrn vertritt.

- 735** Liegen die Voraussetzungen der Untervertretung jedoch vor, treffen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts unmittelbar den Vertretenen, nicht den Hauptvertreter.

**Beispiel:** Metzgermeister M beauftragt und bevollmächtigt seinen Gesellen G, Wurstdärme zu besorgen. G erteilt daraufhin dem Auszubildenden A den Auftrag, das Material für M zu erwerben.

Hier besitzt jedenfalls G eine von M erteilte Hauptvollmacht. Sofern man davon ausgeht, dass G nicht den Kauf von Wurstdärmen höchstpersönlich tätigen muss (etwa weil er im Vergleich zu A eine besondere Sachkunde besitzt), konnte G seinerseits dem A Untervollmacht einräumen (völlig unproblematisch wäre im Übrigen eine reine Botenschaft des A). Kauft A dann Wurstdärme, kommt der Kaufvertrag unmittelbar mit Wirkung für und gegen M zustande. Entscheidend ist nur, dass A zum Ausdruck bringt, dass er für M handelt. Er muss nicht erwähnen, dass er selbst (nur) Untervertreter ist.

- 737** **Zusammenfassung:** Damit die Rechtsfolgen des Geschäfts, das der **Untervertreter** tätigt, den Geschäftsherrn treffen, ist es erforderlich, dass im Zeitpunkt des Untervertretergeschäfts
- eine wirksame Hauptvollmacht vorliegt, die den Hauptvertreter ermächtigt, im Namen des Geschäftsherrn eine Untervollmacht zu erteilen,

<sup>775</sup> OLG Frankfurt VersR 1976, 172, 173.

<sup>776</sup> Siehe dazu auch OLG Düsseldorf WM 1974, 616 („Rechtsanwalt darf keine Untervollmacht zum Geldempfang erteilen“).

<sup>777</sup> Vgl. zu den Beispielen *Leptien*, in: Soergel, § 167 Rn 56; *Schubert*, in: MüKo, § 167 Rn 82.

<sup>778</sup> *Schubert*, in: MüKo, § 167 Rn 76.

- der Hauptvertreter **im Namen des Geschäftsherrn** eine Untervollmacht erteilt hat und dass
- der Unterbevollmächtigte die Willenserklärung **im Namen des Geschäftsherrn** abgibt, also (ausdrücklich oder konkludent) offenlegt, für den Geschäftsherrn zu handeln.

Nicht erforderlich ist es, dass der Untervertreter seine Stellung als *Unterbevollmächtigter* offenlegt.

## bb.) Sonderfall „Vertreter des Vertreters“

Teilweise ist anerkannt, einen Fall der Unterververtretung auch dann anzunehmen, wenn der Hauptvertreter den Untervertreter **im eigenen Namen bevollmächtigt**, für **ihn** tätig zu werden. Der Unterbevollmächtigte handelt dann im Namen des Hauptvertreters, vertritt diesen also in seiner Eigenschaft als Vertreter des Hauptvollmachtgebers.<sup>779</sup> Er ist sozusagen „**Vertreter des Vertreters**“. Die Rechtsfolgen des Handelns des Untervertreters treffen jedoch – wenn auch für eine juristische Sekunde über den Hauptvertreter – den Geschäftsherrn.<sup>780</sup>

738

Bedeutung gewinnt diese Konstruktion v.a. bei **fehlender Hauptvollmacht**. Denn handelt der Hauptvertreter ohne Vertretungsmacht, entfällt nach Auffassung des BGH für den Untervertreter die Einstandspflicht nach § 179 BGB. Dieser haftete nur, wenn die Untervollmacht nicht bestand.<sup>781</sup> Im Übrigen müsse sich der Geschäftspartner an den Hauptvertreter wenden.

Die überwiegende Literatur lehnt die Konstruktion des „Vertreters des Vertreters“ ab. Sie verbleibt bei dem Grundsatz, dass die Folgen des Geschäfts – soweit der Untervertreter im Namen des Hauptvertreters handelt – allein und direkt in der Person des Hauptvertreters eintreten. Lege der Untervertreter seine Stellung als Untervertreter (also die Mehrstufigkeit der Vertretung) offen, hafte im Fall der fehlenden Hauptvollmacht nur der Hauptvertreter nach § 179 BGB, da der Untervertreter bei fehlender Kenntnis von diesem Mangel selbst schutzwürdig sei. Habe der Untervertreter, ohne das gestufte Vertretungsverhältnis offenzulegen, im Namen des Geschäftsherrn gehandelt, dürfe der Geschäftspartner sich auf eine – wie auch immer konstruierte – wirksame Vertretung verlassen. Da der Hauptvertreter selbst nicht aufträte, hafte nicht er, sondern der Untervertreter ggf. auch für Mängel der Hauptvollmacht.<sup>782</sup> Nach dieser Auffassung ist aber eine **Genehmigung** des Rechtsgeschäfts, das der Untervertreter als „Vertreter des Vertreters“ getätigt hat, sowohl durch den Geschäftsherrn als auch (bei entsprechender Vertretungsmacht) durch den Hauptbevollmächtigten möglich.<sup>783</sup>

## cc.) Haftungsfragen

Bestand eine der beiden Vollmachten (Hauptvollmacht, Untervollmacht) nicht und wurde das Vertretungsgeschäft auch nicht nach § 177 BGB genehmigt, stellt sich die Frage nach der Haftung. Es ist zu unterscheiden:

739

- **Es bestanden weder Haupt- noch Untervollmacht:** Ist sowohl die Haupt- als auch die Untervollmacht mangelhaft, dann haftet der Untervertreter dem Geschäftspartner unstreitig nach § 179 BGB.

740

<sup>779</sup> Stadler, AT, § 30 Rn 26; Brox/Walker, AT, Rn 548 - zurückgehend auf RGZ 108, 405, 407; BGHZ 32, 250, 253 f.

<sup>780</sup> Stadler, AT, § 30 Rn 26 mit Verweis auf BGHZ 32, 250, 254.

<sup>781</sup> BGHZ 32, 250, 254 f.; 68, 391, 394 ff.

<sup>782</sup> Stadler, AT, § 30 Rn 26; Neuner, AT, § 50 Rn 33 ff.; Medicus/Petersen, AT, Rn 951; Schubert, in: MüKo, § 167 Rn 79; Schilken, in: Staudinger, § 167 Rn 62; Leptien, in: Soergel, § 167 Rn 60; Brox/Walker, AT, Rn 548.

<sup>783</sup> Schubert, in: MüKo, § 167 Rn 79; Leptien, in: Soergel, § 167 Rn 60.

- 741 ■ **Es bestand eine Hauptvollmacht, aber keine Untervollmacht:** Bestand zwar eine wirksame Hauptvollmacht, ist aber die Untervollmacht nicht wirksam erteilt worden, haftet der Untervertreter dem Geschäftspartner nach allgemeiner Auffassung als Vertreter ohne Vertretungsmacht ebenfalls nach **§ 179 BGB**.<sup>784</sup>

Eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts ist aber sowohl durch den Geschäftsherrn als auch (bei entsprechender Vertretungsmacht) durch den Hauptbevollmächtigten möglich (s.o.). Dies gilt nach allgemeiner Auffassung auch bei der zum Teil abgelehnten Vertretung des Vertreters (s.o.).

**Beispiel:** Hauptbevollmächtigter V erzählt seinem Freund F, dass er (V) für seinen Geschäftsherrn G einen Pkw kaufen solle. Da sich F in diesem Bereich auskennt, bittet V den F, sich einmal „umzusehen“. F geht daraufhin in der (irrigen) Annahme, eine Untervollmacht erteilt bekommen zu haben, zu D und kauft im Namen des G ein Auto.

F hat vorliegend als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, sodass das Rechtsgeschäft zunächst schwebend unwirksam ist. Erteilt G keine Genehmigung (§ 177 BGB), dann wird es endgültig unwirksam. In diesem Fall haftet F dem D nach § 179 BGB.

- 742 ■ **Es bestand keine Hauptvollmacht, aber eine Untervollmacht:** Streitig ist die Frage nach der Haftung des Untervertreters nach § 179 BGB, wenn die Hauptvollmacht nicht bestand (Hauptvollmacht wurde nicht wirksam erteilt oder deckt nicht den Umfang der Untervollmacht) und *deswegen* die Untervollmacht mangelhaft ist.

⇒ Nach Auffassung des BGH<sup>785</sup> und eines Teils der Literatur<sup>786</sup> haftet der Untervertreter dem Geschäftspartner nur dann nach § 179 BGB, wenn er seine Untervertretung nicht offengelegt hat. Teile er dem Geschäftspartner dagegen mit, dass eine mehrstufige Vertretung vorliege und dass er seine Vollmacht von der Hauptvertretung ableite, nehme er nur das Vertrauen des Geschäftspartners hinsichtlich einer wirksam erteilten Untervollmacht in Anspruch. Bei Mängeln der Hauptvollmacht hafte dann der Hauptvertreter.

⇒ Nach der Gegenauffassung<sup>787</sup> muss der Hauptvertreter nach § 179 BGB haften, wenn keine wirksame Hauptvertretung besteht, da sie ja gerade die Figur des „Vertreters des Vertreters“ ablehnt.

743

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Gelangen die dargestellten Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Vertretbar sind beide Auffassungen gleichermaßen. Der Klausurbearbeiter muss nur die Argumente vortragen und sich für die eine oder die andere Auffassung entscheiden. Letztlich geht es um die Abwägung der Schutzwürdigkeit der Personen des Untervertreters und des Geschäftsgegners und um die Frage, wem von beiden das Insolvenzrisiko bezüglich der Person des Hauptvertreters (eher) zugemutet werden kann bzw. soll.

## e.) Die Gesamtvollmacht

- 744 Soll die Vertretungsmacht mehreren Personen zustehen, kann dies auf unterschiedliche Arten verwirklicht werden.

- Zum einen ist es möglich, dass jeder Einzelne allein vertretungsberechtigt ist (sog. **Einzel- oder Solidarvollmacht**).
- Zum anderen kann auch eine Gesamtvollmacht erteilt werden. Eine **Gesamtvollmacht** (auch Kollektivvollmacht) liegt vor, wenn nur alle Vertreter zusammen oder jeweils mehrere Vertreter gemeinsam vertretungsberechtigt sind. Diese Art der Vollmacht ist zumeist

<sup>784</sup> BGHZ 32, 250; 68, 391, 397; *Leptien*, in: Soergel, § 167 Rn 60; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 950; *Stadler*, AT, § 33 Rn 10.

<sup>785</sup> BGHZ 32, 250, 254 f.; 68, 391, 394 ff.; OLG Köln NJW-RR 1996, 212.

<sup>786</sup> *Medicus/Petersen*, AT, Rn 996; *Neuner*, AT, § 50 Rn 38; *Stadler*, AT, § 32 Rn 10; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 179 Rn 3; *Bühler*, MDR 1987, 985, 986.

<sup>787</sup> *Schubert*, in: MüKo, § 167 Rn 79; *Leptien*, in: Soergel, § 167 Rn 60; *Brox/Walker*, AT, Rn 548.

eine Vorsichtsmaßnahme gegen eine treuwidrige Ausübung der Vertretungsmacht und ist insbesondere bei gesetzlicher (organschaftlicher) Vertretungsmacht die Regel.

**Beispiele:** § 1629 I S. 2 BGB, § 78 II AktG, § 35 II S. 2 GmbHG, § 25 I S. 1 GenG. Auch bei der Prokura ist eine gemeinsame Stellvertretung nicht unüblich (sog. Gesamtprokura), vgl. dazu Rn 749 ff.

Bei einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht kommt es für die Frage, ob eine Einzel- oder Gesamtvollmacht gewollt war, auf die **Auslegung** der Bevollmächtigung an.<sup>788</sup> Nicht selten findet sich die Gesamtvertretung bei der Prokura und der Handlungsvollmacht oder bei den Personenhandelsgesellschaften (vgl. dazu §§ 48 II, 125 II S. 1 HGB und sogleich). Nach allgemeiner Auffassung genügt es jedoch, dass **nach außen hin ein Gesamtvertreter** auftritt. Die anderen können gegenüber dem nach außen handelnden Gesamtvertreter (also intern) oder gegenüber dem Geschäftsgegner zustimmen.<sup>789</sup> Im letzteren Fall wird das Rechtsgeschäft erst mit der letzten Erklärung *ex nunc* wirksam. Sowohl die interne Zustimmung als auch die Genehmigung können durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Die vorher erteilte Zustimmung („Ermächtigung“, vgl. §§ 125 II S. 2, 150 II S. 1 HGB, 78 IV, 269 IV AktG, 25 III GenG) erweitert die Gesamtvertretungsmacht punktuell zu einer Einzelvertretungsmacht. In Anknüpfung an die eben aufgezählten Vorschriften soll eine solche punktuelle Ermächtigung in allen Fällen der Gesamtvertretung zulässig sein.<sup>790</sup> Eine *unbeschränkte* Ermächtigung ist aber wegen der Vereitelung des Zwecks der Gesamtvertretung unzulässig.<sup>791</sup>

745

**Willensmängel** und Kenntnis oder Kennenmüssen des Vertreters i.S.d. **§ 166 I BGB** sind gegeben, wenn diese Voraussetzungen bei *einem* beteiligten Vertreter vorliegen.<sup>792</sup>

746

Zur **Entgegennahme von Willenserklärungen (Passivvertretung)** ist jeder Gesamtvertreter allein berechtigt, da bei passiver Vertretung die Gefahr eines ungetreuen Handelns nicht besteht. Ausdrücklich geregelt ist dies in §§ 26 II S. 2, 1629 I S. 2 BGB, 125 II S. 3 HGB, 78 II AktG, 35 II S. 3 GmbHG, die gesetzlicher Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sind.<sup>793</sup>

747

## f.) Vollmachten im Handelsverkehr

### aa.) Prokura, §§ 48 ff. HGB

#### (a.) Begriff und Bedeutung

Die Prokura ist eine **rechtsgeschäftlich erteilte**, in ihrem **Umfang** jedoch **gesetzlich** geregelte besondere Form der Vertretungsmacht i.S.d. § 164 BGB. Insbesondere im Handelsverkehr wäre das Risiko der mangelnden Vertretungsmacht, das jede Stellvertretung in sich birgt, unannehmbar. Durch die Prokura soll dieses Risiko weitestgehend ausgeschlossen werden, sodass sich der Dritte auf die Vertretungsmacht des Stellvertreters und damit die Gültigkeit des Geschäfts mit dem anvisierten Geschäftspartner verlassen kann. Dies wird zum einen durch den gesetzlich festgelegten Umfang der Prokura (§ 49 HGB) und zum anderen durch die gesetzlich bestimmte Wirkungslosigkeit der Beschränkung des Umfangs gegenüber Dritten (§ 50 HGB) erreicht.

748

<sup>788</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 167 Rn 13.

<sup>789</sup> BGH NJW 1982, 1036, 1037; BAG NJW 1996, 2594, 2595.

<sup>790</sup> BGHZ 64, 72, 74.

<sup>791</sup> BGHZ 34, 27, 30; NJW-RR 1986, 778.

<sup>792</sup> BGHZ 62, 166, 173.

<sup>793</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 167 Rn 14. Vgl. auch BGHZ 62, 166, 173.

### (b.) Einzelprokura – Gesamtprokura, § 48 HGB

- 749 Gemäß § 48 I HGB kann die Prokura nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittels **ausdrücklicher Erklärung** erteilt werden. Eine besondere Form der Prokuraerteilung (etwa Schriftform) ist jedoch nicht erforderlich; sie ist lediglich gem. § 53 I HGB ins **Handelsregister** einzutragen.
- 750 Bedeutung kann die Eintragung aber nach dem **Erlöschen** der Prokura erlangen. Denn gem. § 53 III HGB ist das Erlöschen der Prokura in gleicher Weise wie die Erteilung ins Handelsregister einzutragen. Geschieht dies nicht, haftet derjenige, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen gewesen wäre, nach § 15 I HGB. Dies gilt nach h.M. sogar, wenn die Erteilung der Prokura nicht eingetragen war (dazu Rn 758 ff.).
- 751 Gemäß § 48 II HGB kann die Prokura auch mehreren Personen gleichzeitig erteilt werden (sog. **Gesamtprokura**). Es sind aber auch Mischformen möglich.

**Beispiel:** P hat Einzelprokura. X hat Gesamtprokura gemeinsam mit Y.

- 752 Die Gesamtprokura gem. § 48 II HGB ist eine Gemeinschaftsprokura, bei der das Zusammenwirken mehrerer Prokuristen erforderlich ist, um den Kaufmann wirksam zu verpflichten. Die Gesamtprokuristen müssen die Prokura grundsätzlich bei allen aktiven Rechtsgeschäften zusammen ausüben, was aber nicht bedeutet, dass alle zur selben Zeit und am selben Ort unterschreiben müssen; es genügt, wenn sie nacheinander handeln.<sup>794</sup> Selbst die interne Genehmigung durch den anderen Prokuristen genügt. Die Stellvertretung greift in diesem Fall also dann, wenn der letzte Prokurist gehandelt hat.

### (c.) Umfang der Prokura, § 49 HGB

- 753 § 49 HGB legt den Umfang der Prokura fest. Nach § 49 I HGB wird der Prokurist zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der (laufende) Betrieb (irgend-)eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ermächtigt.

**Beispiele:** Kreditaufnahme, Anstellung von Personal, Eingehen von Verbindlichkeiten, Erwerb von Grundstücken, Erteilen von Handlungsvollmacht, Gründen und Beenden von Zweigniederlassungen etc.

- 754 **Nicht** zum laufenden Betrieb eines Handelsgewerbes gehören Geschäfte, die das Handelsgeschäft als solches betreffen (sog. **Grundlagengeschäfte**). Tätigt der Prokurist hier Geschäfte, handelt er außerhalb seiner Vertretungsmacht. Das betrifft insbesondere die in § 49 II HGB genannten Geschäfte. Danach ist der Prokurist nur dann zur *Veräußerung* und *Belastung* von Grundstücken ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis erteilt wird. Ein Grundstückserwerb ist dagegen bereits nach § 49 I HGB ohne zusätzliche Vollmacht möglich, sofern dies der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Gleiches gilt für die Vermietung, Verpachtung, Bestellung eines Vorkaufsrechts oder die Löschung von Grundpfandrechten.

**Beispiele:** Der Prokurist ist nicht ermächtigt, den Betrieb zu veräußern, neue Gesellschafter aufzunehmen, die Rechtsform des Betriebs zu ändern, einen Insolvenzantrag zu stellen oder den Unternehmensgegenstand zu ändern.

- 755 Ausgenommen von der Vertretungsmacht des Prokuristen sind auch die sog. **Prinzipalgeschäfte**.

---

<sup>794</sup> Siehe etwa *Müther*, in: BeckOK, HGB, § 49 Rn 67 ff.

**Beispiele:** Der Prokurist kann also z.B. Anmeldungen zum Handelsregister, die die Grundlagen des eigenen Unternehmens betreffen, nicht anstelle des Kaufmanns wirksam vornehmen (§§ 29, 31 HGB), er kann keine Bilanzen für den Kaufmann unterzeichnen (§ 245 HGB) und er kann auch seinerseits keine Prokura erteilen, § 48 I HGB.<sup>795</sup>

Der Prokurist ist schließlich auch nicht vom Verbot des **Selbstkontrahierens** (vgl. § 181 BGB) befreit. In dieser Hinsicht bedarf er einer besonderen Gestattung, die sich im Falle ihrer Erteilung auf den Umfang der Prokura beschränkt und ins Handelsregister einzutragen ist.<sup>796</sup> Eine diesbezügliche Registereintragung könnte lauten: „Unter Befreiung der Beschränkungen des § 181 BGB ist Herr ... zum Prokuristen bestellt.“

756

#### **(d.) Keine Beschränkung der Prokura im Außenverhältnis, § 50 HGB**

Der gesetzlich festgelegte Umfang der Prokura kann im Innenverhältnis zwar beschränkt werden, gem. § 50 I HGB haben solche Beschränkungen Dritten gegenüber aber keine Wirkung (sog. Unbeachtlichkeit der Beschränkungen im Außenverhältnis). Dies gilt gem. § 50 II HGB insbesondere dann, wenn gemäß den Vorgaben im Innenverhältnis die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll. Im Außenverhältnis hat der Prokurist also immer die Vertretungsmacht i.S.d. § 49 HGB. Nur ausnahmsweise führt ein Missbrauch der Vertretungsmacht (= Überschreitung der im Innenverhältnis gesetzten Beschränkungen) nicht zu einer Verpflichtung im Außenverhältnis. Dies ist nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht nur in den Fällen der Kollusion (= absichtliches Zusammenwirken von Vertreter und Drittem zum Nachteil des Vertretenen) oder Evidenz (= der Dritte weiß oder hätte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, dass der Prokurist missbräuchlich handelt) der Fall.<sup>797</sup> Vgl. dazu Rn 49 (Bsp. 2) und Rn 871 ff.

757

Wenn – bis auf die genannten Ausnahmen – nach diesen Grundsätzen eine im Innenverhältnis vorgenommene Beschränkung der Prokura im Außenverhältnis unbeachtlich ist, stellt sich die Frage, warum es in der Praxis überhaupt vorkommt, dass im Innenverhältnis Beschränkungen vorgenommen werden. Zwar kann der Kaufmann trotz interner Beschränkung der Prokura das Vertretergeschäft nicht verhindern, handelt der Prokurist aber weisungswidrig, macht er sich gegenüber dem Kaufmann mitunter schadensersatzpflichtig (wegen Verletzung vertraglicher Pflichten, § 280 I BGB) und riskiert arbeitsrechtliche Konsequenzen (Abmahnung, Kündigung).

**Beispielfall** zur Prokura: Dem P, Leiter der Vertriebsabteilung bei der B-GmbH, wurde vom Geschäftsführer der B, dem G, Prokura erteilt. In der schriftlichen Urkunde heißt es, dass P zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt werde, die der (laufende) Betrieb der B-GmbH mit sich bringe, jedoch Verträge nur bis zu einem Auftragsvolumen von 50.000 € abschließen dürfe. Verträge, die dieses Volumen überschreiten, bedürften der vorherigen Genehmigung des G. Die Prokura wurde anschließend formell ordnungsgemäß ins Handelsregister eingetragen. Später kaufte P im Namen der B-GmbH bei der X-AG drei neue Lieferwagen für den Vertrieb. Der Gesamtwert des Auftrags betrug 60.000 €. Ursprünglich sollte der Kaufpreis pro Fahrzeug 25.000 € betragen. Aufgrund seines Verhandlungsgeschicks und der Bestellmenge gelang es P, den Gesamtpreis von 60.000 € zu vereinbaren. Die Fahrzeuge sollten eine Woche später in der Niederlassung der X-AG bezahlt und übergeben werden. Der Kaufpreis sollte in der Zwischenzeit durch Vorabüberweisung gezahlt werden. Unmittelbar danach wies P die Finanzbuchhalterin F an, den Rechnungsbetrag zu überweisen. F jedoch verweigerte dies mit Verweis auf den hohen Betrag; sie werde erst dann überweisen, wenn G dies genehmige. G erklärte daraufhin (auch gegenüber dem Vertreter V der X-AG), dass die Fa. B an den Fahrzeugen kein Interesse habe; das Verhalten des P sei eigenmächtig gewesen.

<sup>795</sup> Der Prokurist ist auch kein „gesetzlicher Vertreter“ des Kaufmanns i.S.v. § 48 I Var. 2 HGB.

<sup>796</sup> BayObLG BB 1980, 1487.

<sup>797</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 2776 f.

## Sachverzeichnis

- Abgabe eigener Willenserklärung 629
- Abgabe von Willenserklärungen 304 ff., 310 ff.
- Abhandengekommene Willenserklärung 324
- Abschlussfreiheit 46 f., 186
- Abschlusszwang 46 f., 190, 489
- Absichtserklärung 281a
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 46a
- abstrakt-generelle Rechtsetzungsmethode 21
- Abstraktheit der Bevollmächtigung 657, 717 f., 871
- Abstraktionsprinzip 69, 1273
- accidentalia negotii 442
- Agenturgeschäft 564c
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 46, 608, 1488
  - Autowaschanlage 1579
  - Einbeziehung von AGB 1528
  - Inhaltskontrolle 1556
  - Prinzip der Kongruenzgeltung 1544
  - Rahmenvereinbarung 1540
  - Theorie des letzten Wortes 1544
  - Transparenzgebot 1534
  - Verbrauchsgüterkauf 1498, 1527
  - Vertragsbedingungen 1504
  - Widersprechende AGB 1543
- Allgemeines Preußisches Landrecht 1 ff.
- Analogie 36 ff.
- Andeutungstheorie 413
- Anfechtung 1264 ff., 1626
  - Anfechtungsberechtigung 1455
  - Anfechtungserklärung 1447
  - Anfechtungsfrist 1457
  - Anfechtungsgegner 1456
  - Anfechtungsgründe 1292
  - Arglist 1410
  - Arglistige Täuschung 1370
  - Beidseitiger Eigenschaftsirrturn 1361
  - Berechtigung 1455
  - Drohung 1428
  - Eigenschaftsirrturn 1343
  - einer nichtigen WE 1289
  - einer Vollmacht 793
  - Erfüllungsschaden 1470
  - Erklärungsirrturn 1305
  - Frist 1457
  - Gegner 1456
  - Gewährleistungsrecht 1481
  - im Beweggrund 1303
  - Inhaltsirrturn 1313
  - Irrturn über den Geschäftstyp 1319
  - Irrturn über die Identität des Geschäftspartners oder -gegenstands 1321
  - Irrturn über die Kalkulationsgrundlage 1327
  - Irrturn über die Rechtsfolgen 1324
  - Kalkulationsirrturn 1328
  - Kausalität 1364, 1406, 1433
  - Konkurrenzen 1474 ff.
  - Motivirrturn 1303, 1328
  - negatives Interesse 1467
  - Offener Kalkulationsirrturn 1333
  - Positives Interesse 1470
  - Rechtsfolgen 1466
  - Sachmängelhaftung 1481
  - Schadensersatz 1467
  - Täuschung 1370
  - Übermittlungsfehler 1337
  - Verdeckter Kalkulationsirrturn 1328
  - Verlautbarungsirrturn 1316
  - Vertrauensschaden 1468
  - wegen Irrturns 1293
- Wertbildende Faktoren 1347
- Vollmacht 793 ff.
- Angebot 428 ff.
- Angebot an jedermann 439
- Annahme Angebot 451
- Anscheinsbeweis 68a
- Anscheinsvollmacht 838
- Anspruch durchsetzbar 1627
- Anspruch entstanden 1622
- Anspruch erloschen 1624
- Anspruch untergegangen 1624
- Ansprüche aus Vertrag 1600 ff.
- Anspruchsaufbau 1588 ff.
- Antrag 428 ff.
- Antwortnorm 95
- Anwartschaftsrecht 524
- Arbeitsverträge 189, 201, 427, 550, 714, 1056, 1283
- Arglist 1410
- Arglistige Täuschung 62, 1370
- argumentum a maiori ad minus 38a ff.
- argumentum a minori ad maius 38d
- argumentum e contrario 38e
- Aufbau des BGB 14
- Aufbau einer Klausur 1588 ff.
- Aufklärungspflichten 1607
- Auflagen 533
- auf lösende Bedingung 529
- Aufrechnung 110
- aufschiebende Bedingung 523
- Auftragsbestätigung 458
- Auftragsvertrag 286
- ausdrückliche Kundgabe 232
- Auskunft 300
- Auslegung von Verträgen 414 ff.
- Auslegung von Willenserklärungen 400
- Auslegung vor Anfechtung 1297
- Auslegungsmethoden 27
- Auslegungsregel 25
- Auslobung 309
- Autowaschanlage 1579
- Außenvollmacht 707
- äußerer Tatbestand WE 230 ff.
- Ausübung Widerrufsrecht 571
- Bargeschäft des täglichen Lebens 678**
- Bedingung 515 ff.
- Bedingungsfeindlichkeit 537
- Bedingungszusammenhang 66
- Befristung 515 ff., 549
- Beglaubigung 1136
- Beidseitiger Eigenschaftsirrturn 1361
- Belehrung bei Widerrufsrecht 573
- Bereicherungsrecht 53, 101
- Beschlüsse 203
- beschränkte Geschäftsfähigkeit 966
- beschränkter Generalkonsens 1015
- Beschränkung der Vertretungsmacht 851
- Beseitigungsansprüche 1613
- Bestandteile 156
- Bestätigung 1464
- Bestätigungsklausel 1554
- Bestätigungsschreiben 246
- Bestimmtheitsgrundsatz 218
- Bestimmungskauf 437
- Betreuung 960
- Beurkundung 1137
- Bevollmächtigung 619
- Bewegliche Sachen 146

## Sachverzeichnis

- Beweislast 48 ff.  
Bewusste Willensmängel 1061  
Bindungswirkung des Antrags 444  
Blockhain 131  
Bordellkauf 1248  
Böser Scherz 1096  
Bösgläubigkeit des Vertreters 645  
Botenschaft - Willensmängel 650  
Botenschaft - Abgrenzung zur  
    Stellvertretung 630  
Bürgenhaftung 1569  
Bürgschaft 653  
Bürgschaftsübernahme 1229
- case law 22
- D**arlehen – Wucher 1185  
Darlehensvertrag 1259  
Dauerschuldverhältnis 1286a  
Deliktsfähigkeit 930  
Deliktsrecht 106  
Dereliktion 309  
dingliche Ansprüche 97  
dingliche Verzichtsklausel 1228  
dingliches Geschäft 207  
dispositives Recht 57 f.  
Dissens 495  
Doppelwirkung im Recht 1289, 1372  
Dritter bei Täuschung 1416  
Drohung 1428  
Duldungsvollmacht 826
- e**Bay 564b, 610, 685  
Ehefähigkeit 929  
Ehegattenbürgschaft 1231  
Ehevertrag 189, 1250 ff.  
Eigengeschäft des Handelnden 682  
Eigengeschäft - Vertreter 674  
Eigenhaftung Vertreter 914a  
Eigenschaftsirrtrum 1343  
Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 285, 1614  
Eigentumsfreiheit  
Eigentumsvorbehalt 185, 525, 540, 1226, 1545  
Einbauküche 165, 174  
Einbeziehung von AGB 1528  
Einführungsgesetz zum BGB 9 ff.  
Einrede 1622 ff.  
Einschreiben 390  
einseitig verpflichtender Vertrag 201  
einseitige Rechtsgeschäfte 198  
einseitiges Rechtsgeschäft eines Minderjährigen 1042  
Einwendung 97, 108, 915, 1622 ff.  
Einwilligung gesetzlicher Vertreter 1011  
Einwilligungsvorbehalt bei Betreuung 962  
Einwurfeinschreiben 390  
Einzelanalogie 36  
Einzelunternehmen 130  
Elektronische Form 1128  
Elektronische Signatur 1128-1134  
E-Mail 323, 337, 341, 346, 347, 352, 608, 1119, 1127  
empfangsbedürftige Willenserklärung 198, 304 ff., 306  
Empfangsbote 361, 641  
Empfangsvertreter 357, 655  
Empfangsvorrichtung 352  
Entstehung des BGB 1 ff.  
Erbaurecht 170  
Erbschaftsannahme 309  
Erfüllung 110  
Erfüllungsschaden 1470  
ergänzende Auslegung 35  
ergänzende Vertragsauslegung 417  
Erklärungsbewusstsein 252  
Erklärungsbote 355, 640  
Erklärungsirrtrum 1305  
Erklärungstatbestand 230  
Erklärungstheorie 255  
Erlass 110  
erläuternde Vertragsauslegung 415  
Erlöschen Vollmacht 776  
Erst-recht-Schluss 38c  
Erweiterter Eigentumsvorbehalt 1545  
Erwerbsgeschäft Minderjähriger 1050  
essentialia negotii 432  
europarechtskonforme Auslegung 33 ff.  
Evidenz 876
- F**aksimile 1117  
faktischer Vertrag 483  
faktisches Arbeitsverhältnis 1283  
falsa demonstratio non nocet 408, 413, 416  
falsus procurator 727 f., 879  
Fax 390  
fehlendes Erklärungsbewusstsein 253 ff.  
fehlerhafte Gesellschaft 1285  
fehlerhafter Arbeitsvertrag 1283  
Fehleridentität 89, 1453  
Fehlerunabhängigkeit 53  
Fernabsatz 272, 580, 1128  
Fiktion 42  
Form bei Stellvertretung 652  
Formfreiheit 1097  
Formmangel 64, 1097  
Formverstöße – Heilung 1145  
Formvorschriften 1098  
Fortgeltung bei Tod  
- von Verträgen 449 f., 550  
- von Vollmacht 785, 787  
freibleibendes Angebot 279 ff., 444  
Freiklausel 279 ff., 444  
Freizeitveranstaltung 563  
Fristberechnung 469
- G**attungssachen 151  
Gattungsvollmacht 721  
Gebäude 163  
Gegennorm 97  
Gefälligkeiten 282 ff.  
Gefälligkeitsverhältnis 284  
Gefälligkeitsvertrag 286  
geheimer Vorbehalt 445, 1062  
Geliebten testament 1212  
Geltungsbereich BGB 9 ff.  
geltungserhaltende Reduktion 38h, 1259, 1260, 585  
Genehmigung 217  
Genehmigung des Vertretergeschäfts 881  
Generalklausel 1566  
Generalkonsens 1015  
Generalvollmacht 722  
Genossenschaft 125  
Gesamtakte 202  
Gesamtanalogie 38  
Gesamtschriftform 1121  
Gesamtvollmacht 744  
Geschäft für den, den es angeht 671  
Geschäftsähnliche Handlung 194  
Geschäftseinheit 66

## Sachverzeichnis

- Geschäftsfähigkeit 117, 926 ff.  
- beschränkter Generalkonsens 1015  
- einseitiges Rechtsgeschäft eines Minderjährigen 1042  
- Einwilligung gesetzlicher Vertreter 1011  
- Erwerbsgeschäft Minderjähriger 1050  
- Generalkonsens 1015  
- Mangel 934  
- neutrale Geschäfte 1004  
- partielle Geschäftsunfähigkeit 944  
- rechtlich neutrale Geschäfte 1004  
- rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte 971  
- Relative Geschäftsunfähigkeit 945  
- Schwarzfahrten Minderjähriger 1017  
- schwebende Unwirksamkeit 1008  
- Taschengeldparagraph 1019  
- Teilgeschäftsfähigkeit 1047  
- zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte 1008  
- Zuwendung belasteter Gegenstände 987  
Geschäftsführer GmbH 564d  
Geschäftsführung ohne Auftrag 285, 1597 ff., 1630  
Geschäftsunfähigkeit 956  
Geschäftswille 264  
Gesellschaft bürgerlichen Rechts 125  
Gesetzesanalogie 36  
Gesetzliches Verbot 1164  
Gestaltungsfreiheit 186  
Gestaltungsrechte 99  
Gewährleistungsrecht 1481  
Gläubigergefährdung 1225  
Globalzession 1227  
GmbH 122 ff.  
Grundstücke 163  
Grundverhältnis bei Stellvertretung 619  
gute Sitten 1209  
guter Scherz 1090
- Haakjöringsköd** 409  
Hamburger Parkplatzfall 482  
Handeln unter fremden Namen 681  
Handelsregister 821  
Handlungsvollmacht 705, 769  
Handlungswille 248  
Hauptleistungspflicht 1601, 1603  
Haustürgeschäft 557  
Heilung bei Formverstößen 1145  
Herausgabeansprüche 1610, 1612  
Hilfsnorm 96  
Hinweispflichten 1607
- Individualabrede** 1551  
Informationspflicht 587  
Informationsverordnung 587  
Inhaltsfreiheit 186  
Inhaltsirrtum 1313  
Inhaltskontrolle AGB 1556  
Innenvollmacht 706  
Innerer Tatbestand WE 247 ff.  
Insertionsofferte 263  
Insichgeschäft 854  
Internationales Privatrecht 12  
Internet 272, 360, 1128  
Internetauktion 277, 440, 610, 1259a, 1555a  
Internetgeschäft 277, 345, 378, 440, 584, 595 ff., 610, 1259a, 1555a  
Internetversteigerung (-auktion) 277, 440, 610, 1555a  
Inventar 176  
invitatio ad offerendum 269, 440, 608, 1135
- Irrtum  
- im Beweggrund 1303  
- über den Geschäftstyp 1319  
- über die Identität des Geschäftspartners oder -ge-  
gen-  
stands 1321  
- über die Kalkulationsgrundlage 1327  
- über die Rechtsfolgen 1324  
Irrtumsanfechtung 1293  
isolierte Vollmacht 716  
ius cogens 43  
ius dispositivum 57 f.
- juristische Personen** 120 ff.
- Kaffeefahrt** 558  
Kalkulationsgrundlage 1327  
Kalkulationsirrtum 1328  
Kapitalgesellschaft 123  
Kartellrecht 494  
Kastellanvertrag 1177  
kasuistische Methode 22  
Kauf auf Probe 526  
Kaufmännisches Bestätigungsschreiben 246, 459  
Kausalgeschäft 50, 67, 206  
Kausalität bei Anfechtung 1364, 1406, 1433  
Klammertechnik 39  
Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit 1565  
Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit 1561  
Klausuraufbau 1588 ff.  
Knebelungsverträge 1229  
Kollisionsnorm 12  
Kollision 878  
Kommanditgesellschaft 129  
Kommission 621  
Komplementär 132  
konkludente Kundgabe 233  
Konsens 495  
Kontrahierungszwang 46, 190, 489, 1224  
Kündigung 1286a  
Kundgabe WE 232
- Ladenangestellte** 775, 824  
Ladenschlussgesetz 1173  
Legaldefinitionen 24  
Lehre vom faktischen Vertrag 483  
Lehre von der Doppelwirkung 1289, 1372  
Leihmuttervertrag 1257  
Leihvertrag 286  
Leistungsbeschreibung 1559  
leistungsbezogene Nebenpflichten 1588 ff.  
Leistungskondition 53 f., 1588 ff.  
Leistungsstörungen 1588 ff.  
Leistungstreuepflicht 92  
Letter of Intent 281a  
Limited (Gesellschaftsform) 124  
Lotsenfall 260
- Machtmissbrauch – Sittenwidrigkeit** 1222  
Mängel der Geschäftsfähigkeit 934 ff.  
Mätressentestament 1213 f., 1249  
Mehrfachvertretung 858  
mehreseitiges Rechtsgeschäft 199  
Memorandum of Understanding 281a  
Mentalvorbehalt 1062  
Mietverträge 189  
Minderjähriger 114 ff., 926 ff.  
Missbrauch der Vertretungsmacht 871

## Sachverzeichnis

- Missverhältnis – Wucher 1184  
mittelbare Stellvertretung 621, 1083  
Mittelspersonen 354  
Mitwirkungspflichten 1588 ff.  
Monopolstellung – Sittenwidrigkeit 1222  
Motive 3  
Motivirrtum 1303, 1328
- N**ach außen kundgetane Innenvollmacht 708, 806, 819  
nachgiebiges Recht 43 f.  
Namenstäuschung 682  
Namensunterschrift 1114  
Nasciturus 112  
natürliche Personen 111 ff.  
Nebenleistungspflicht 1606, 1607  
Nebenpflichten 1606, 1607  
Nebensache 175  
Negatives Interesse 1467  
neutrale Geschäfte 1004  
nicht empfangsbedürftige WE 198, 308  
Nichtberechtigter 214  
nichtleistungsbezogene Nebenpflichten 87  
Nichtleistungskondition 103  
Notarielle Beurkundung 1137  
Nutzungsherausgabeansprüche 285, 1614
- objektiver Tatbestand** WE 230 ff.  
Obliegenheiten 1608  
obligatorisches Geschäft 206  
Offene Handelsgesellschaft 128  
offener Dissens 502  
offener Kalkulationsirrtum 1333  
Offenkundigkeitsprinzip  
- Ausnahmen 677  
- Stellvertretung 665  
Öffentliche Beglaubigung 1136  
Offerta ad incertas personas 439  
Offerte 428 ff.
- pacta sunt servanda** 431  
Pandektensystem 14  
Partielle Geschäftsunfähigkeit 944  
Passivvertreter 641  
Peepshow 1247  
Perplexität 1336  
Personengesellschaften 119 ff.  
Pflichtverletzung 38, 1588 ff.  
Positive Vertragsverletzung 38  
Positives Interesse 1470  
Potestativbedingung 537  
Powerseller 654b  
Preisnebenabrede 1559  
Preisvereinbarung 1559  
Preußisches Allgemeines Landrecht 1 ff.  
Primäranspruch 1600 ff.  
Prinzip der Kongruenzgeltung 1544  
Privatautonomie 187  
Private Limited Company 125  
Prokura 705, 723, 748  
Prostitution 1241 ff.  
protestatio facto contraria 488  
Publizitätsprinzip 219
- quasivertragliche Ansprüche** 1598, 1610
- R**ahmenvereinbarung 1540  
Ratenkreditvertrag 1259
- Ratschlag 300  
Realakte 194  
Realofferte 488  
rechnungsmäßig aufgemachtes Angebot 263  
rechtlich neutrale Geschäfte 1004  
rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte 971  
Rechtsanalogie 38  
Rechtsbedingung 531  
Rechtsbindungswille 268 ff.  
Rechtsfähigkeit 111 ff., 927  
Rechtsfolgen der Anfechtung 1466  
Rechtsfolgenverweisung 41  
Rechtsgeschäft 191  
Rechtsgeschäfte im Internet 595 ff.  
Rechtsgeschäftsähnliche Handlung 194  
Rechtsgrundverweisung 41  
Rechtshandlungen 192  
rechtshemmende Einwendung 1627  
rechtshindernde Einwendung 97, 915 ff., 1622 ff.  
Rechtsobjekte 134 ff.  
Rechtsscheinvollmacht 809  
Rechtssubjekte 110 ff.  
rechtsvernichtende Einwendung 97, 921, 1264 ff., 1622 ff.  
rechtswidrige Handlungen 193  
Regelungssystem BGB 20  
relative Geschäftsunfähigkeit 945  
Relativität der Schuldverhältnisse 49  
reservatio mentalis 1062  
Resolutivbedingung 529  
richtlinienkonforme Auslegung 33 ff.  
Römisches Recht 1 ff.  
Rückgaberecht 576  
Rückgaberecht beim Fernabsatzvertrag 580  
Rügefrist Handelskauf 466
- Sachen** 135 ff.  
sachenrechtliche Ansprüche 1611 ff.  
sachenrechtliches Verfügungsgeschäft 49  
Sachmängelhaftung 1481  
Sachwalterhaftung 914a  
Satzung 119 ff.  
SB-Laden 440  
SB-Tankstelle 440  
Schadensersatz 1467  
Scheinbestandteile 165, 167  
Scheingeschäft 1068  
Scheinkonsens 510  
Schenkungsvertrag 286  
Scherzerklärung 1090  
Schlechtleistung 38  
schlüssiges Verhalten 233  
Schönheitsreparaturen 1569, 1580  
Schreibhilfe 1120  
Schriftform 1112, 1129  
Schrottimmobilien 605a ff.  
schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft 49  
Schutzpflichten 1607  
Schwarzfahrten Minderjähriger 1017  
schwebende Unwirksamkeit 1008  
Schweigen als Ablehnung 244  
Schweigen als Willenserklärung 236 ff.  
Schweigen als Zustimmung 243  
Schweigen im Rechtsverkehr 455  
Sekundäranspruch 1609  
Selbstkontrahierung 856  
Shill-Bidding 611  
Sicherungsübereignung 529

## Sachverzeichnis

- Signatur 1128-1134
- Sittenwidrigkeit 63, 1209
- Bordellkauf 1248
- Bürgschaftsübernahme 1229
- Darlehensvertrag 1259
- Ehegattenbürgschaft 1231
- Ehevertrag 1250 ff.
- Gläubigergefährdung 1225
- Knebelungsverträge 1229
- Leihmuttervertrag 1257
- Machtmissbrauch 1222
- Mätressentestament 1213 f., 1249
- Monopolstellung 1222
- Peepshow 1247
- Prostitution 1241 ff.
- Ratenkreditvertrag 1259
- Telefonsex 1247
- Titelkauf 1241
- Wettbewerbsverbot 1236
- wucherähnliches Geschäft 1258
- Sozialtypisches Verhalten 481
- Spedition 621
- Spezialitätsprinzip 218
- Spezialvollmacht 720
- Stellvertretung 612 ff.
- Abgrenzung zur Botenschaft 630
- Abstraktheit der Bevollmächtigung 657, 717 f., 871
- Aktivvertreter 640
- Anfechtung Vollmacht 793
- Anscheinsvollmacht 838
- Außenvollmacht 707
- Beschränkung der Vertretungsmacht 851
- Duldungsvollmacht 826
- Eigengeschäft des Handelnden 682
- Eigengeschäft Vertreter 674
- Empfangsbote 641
- Empfangsvertreter 655
- Erklärungsbote 640
- Erlöschen Vollmacht 776
- Evidenz 876
- falsus procurator 879
- Form 652
- Gattungsvollmacht 721
- Genehmigung Vertretergeschäft 881
- Generalvollmacht 722
- Gesamtvollmacht 744
- Haftungsfragen 739
- Handeln unter fremden Namen 681
- Handelsregister 821
- Handlungsvollmacht 769
- Innenvollmacht 706
- Insiggeschäft 854
- isolierte Vollmacht 716
- Kollusion 878
- Ladenangestellte 775, 824
- Mehrfachvertretung 858
- Missbrauch der Vertretungsmacht 871
- nach außen kundgetane Innenvollmacht 708, 806 ff., 819
- Namenstauschung 682
- Offenkundigkeit 665
- Passivvertreter 641
- Prokura 723, 748
- Rechtsscheinvollmacht 809
- Selbstkontrahierung 856
- Spezialvollmacht 720
- Teleologische Extension 867 f.
- Tod des Bevollmächtigten 785
- Tod des Vollmachtgebers 787
- Überschreitung Vollmacht 718, 727 f., 879
- Untervertretung 732
- Untervollmacht 713
- Vertreter des Vertreters 738
- Vertreter ohne Vertretungsmacht 879
- Vertretergeschäft Genehmigung 881
- Vertretungsmacht 686
- Vertretungsverbote 852
- Vollmacht 702 ff.
- Vollmachterlöschung 776
- Vollmachtsurkunde 708, 814
- Vorsorgevollmacht 775a
- Widerruf Vollmacht 789
- Willensmängel 643
- Stiftung 110, 120, 198, 222a
- Strohmanngeschäft 622, 1083
- Subjektiver Tatbestand WE 247 ff.
- Synallagma 1602
- Taschengeldparagraph 1019**
- Taschenkontrollen (AGB) 1508, 1576
- Tathandlungen 194
- Täuschung 62, 1370
- Täuschung Dritter 1416
- Teilbare Sachen 154
- Teilgeschäftsfähigkeit 1047
- Teilrechtsfähigkeit 132
- Telefax 390
- Teleologische Extension 50, 868
- Teleologische Reduktion 38f, 867, 1585
- Testament 309, 312, 405, 1121
- Testamenterrichtung 309, 405
- Testierfähigkeit 929
- Testierfreiheit 184
- Textform 1109
- Theorie des letzten Wortes 1544
- Tiere 143
- Tod
- bei Verträgen 449 f., 550
- bei Vollmacht 785, 787
- Transparenzgebot 1534, 1577
- Trennungsprinzip 69, 1272
- Treuhandgeschäft 1081
- Trierer Weinversteigerung 262
- Übermittlungsfehler 1337**
- Überschreitung Vollmacht 718, 727 f., 879
- Überraschende Klausel 1546
- Umgehungsgeschäfte 1086, 1176
- Umkehrschluss 38e
- unbestellte Ware 236
- unbewegliche Sachen 145
- unentgeltlicher Vertrag 286
- Unerfahrenheit – Wucher 1198
- Unerlaubte Handlung 1620
- ungerechtfertigte Bereicherung 1615
- ungewöhnliche Klausel 1546
- unmittelbare Stellvertretung 613 ff.
- Unmöglichkeit 38
- Unterlassungsansprüche 1613
- Unterlassungsklagengesetz 1587
- Unternehmen 179
- Unternehmensbezogene Geschäfte 669
- Unternehmer 223
- Unterschrift 1114
- Unterschriftenliste 261
- Untersuchungspflicht Handelskauf 464

## Sachverzeichnis

- Untervertretung 732
- Untervollmacht 713
- unvertretbare Sachen 150
- unverzüglich 257
- Unwiderlegliche Vermutung 42
- Urkunde 1113
  
- Verbotsgesetz** 65, 1164
- Verbrauchbare Sachen 152
- Verbrauchergeschäfte 221 ff., 222, 552
- Verbraucherschutzbestimmungen 188
- verbraucherschützende Widerrufsrechte 551
- Verbrauchsgüterkauf 1498, 1527, 1585
- verbundene Verträge 605a
- verdeckter Kalkulationsirrtum 1328
- Verein 122
- vereinbartes Schweigen 239
- Vereinigungsfreiheit 183
- Verfügung (Begriff) 207
- Verfügungsbefugnis 211
- Verfügungsgeschäft 50, 67, 207
- Verfügungsmacht 211
- Vergleich 1142
- Verhinderung Bedingungseintritt 543
- Verlängerter Eigentumsvorbehalt 1226, 1545
- Verlautbarungsirrtum 1316
- Vernehmungstheorie 374
- Verpflichtung gegen sich selbst 1608
- Verpflichtungsgeschäft 50, 67, 206
- Versandhandel 345, 378
- Versicherungsverein 125
- Versicherungsvertrag 570
- verspätete Annahme 467
- versteckter Dissens 443, 504
- Versteigerung 262, 276
- Vertrag 201, 424 ff.
- vertragsähnliche Ansprüche 1610
- Vertragsansprüche 1600 ff.
- Vertragsbedingungen 532, 1504
- Vertragsbruchtheorie 1228
- Vertragsfreiheit 186
- Vertrauensschaden 254, 1468
- Vertretbare Sachen 149
- Vertreter des Vertreters 738
- Vertreter ohne Vertretungsmacht 727 f., 879
- Vertretergeschäft 619
- Vertretergeschäft Genehmigung 881
- Vertreterhaftung 914a
- Vertretungsmacht 686
- Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins 809
- vertretungsrechtliches Abstraktionsprinzip 657, 717 f., 871
- Vertretungsverbote 852
- Verwahrungsvertrag 286, 978
- Verwendungsersatz 285, 1614
- Verzichtsklausel 1228
- Verzug 38
- Vollmacht 702 ff.
- Vorsorgevollmacht 775a
- Vorstand 127
- Vorvertrag 281a
  
- Wahlschuld** 438
- Waschanlage 1579
- Wertbildende Faktoren 1347
- Wesentliche Bestandteile 159
- Wettbewerbsverbot 1236
- Widerruf beim Fernabsatzvertrag 581
- Widerruf eines Verbrauchergeschäfts 381, 551
- Widerruf Vollmacht 789
- Widerruf WE 378
- Widersprechende AGB 1543
- Willenserklärung 191, 227, 310 ff.
- Willensmängel bei Botenschaft 650
- Willensmängel bei Stellvertretung 643
- Willenstheorie 254
- Wirknorm 98
- Wissenserklärung 709, 806-808, 819
- Wucher 1181 ff.
- wucherähnliches Geschäft 1258
- Wucherdarlehen 1185
  
- Zubehör** 165, 174
- Zugang von Willenserklärung 304 ff., 329 ff.
- Zugangsbeweis 390
- Zugangsverhinderung 351
- Zugangsverzicht 245
- Zusendung unbestellter Ware 236
- Zustandekommen von Verträgen 424 ff.
- Zustellung 389
- Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte 1008
- Zuwendung belasteter Gegenstände 987
- Zwangslage – Wucher 1193
- zweiseitig verpflichtender Vertrag 201
- Zwingendes Recht 43 f.
- Zwischenverfügung 539